[illegible] A.

FR. HOTOMANI IVRISC.

QVÆSTIONVM ILLVSTRIVM LIB.

EIVSDEM DISPVTATIO CONTRA c. Raynutius, De testam.

Eiusdem vetus, renouata explanatio l.frater à fratre.

Quarta editio recognita & amplificata.



Apud Guillelmum Leimarium.

M. D. LXXXV.

ILLVSTRISSIMO ET POTENTISSIMO PRINCIPI ac Domino, Domino VVilhelmo, Landgrauio Hassiæ, Comiti in Catzenelnbogen, Dietz, Zigenhain & Nidda, &c. Domino suo clementissimo.

QVOD à Platone quondam dictum est, illustrissime Princeps, eas demum beatas esse Respublicas, in quibus vel principes sapientiæ dediti sunt, vel sapientiæ dediti dominantur: id Hassi C. V. clientes ac subiecti verissimè dictum fuisse experiuntur. Habes à patre Philippo, heroicæ quondam virtutis Principe, ab auis item & proauis principatum summum:

ditionem viris, armis, opibus florentem. Itaque magna toto terrarum orbe illustrissimi tui nominis auctoritas atque amplitudo est: beatúsque inter mortales, qui humanitus humanis de rebus iudicant, eo nomine iudicaris. Verùm ad tuam felicitatẽ non mediocre momentũ illud affert, quòd cliẽtes habes, cùm Platonis, sapientissimi viri, tum etiam suo atque adeò gentium exterarum iudicio beatos. Primùm, quod summum in hac vita bonum est, vt piè ritéque Deum colere liceat, id illi singulari C. T. benignitate consequuti sunt. Quod secundum numeratur, vt otio & pace fruantur, tranquilléque ac placidè vitam degant, neque ciuilibus dissensionibus conflictentur, id quoque tuo beneficio sunt adepti. An verò quicquam ad eorum felicitatem amplius afferri potest? Facit clementia & mansuetudo tua vt possit. Nam vt eorum iuuentutem artibus optimis exerceri liceat, Academiam instituisti doctissimis viris florentem ac nobilem: in qua ita multos ac

præstan-

præstantes viros liberalitate tua sustentas, vt meritißimo atque optimo iure bonarum artium domicilium dici poßit. Neque verò multorum id Principum aliorum exemplo facis: qui literis quidem & literatis fauent, eósque beneuolentia sua dignos iudicant, sed aliena tantùm fiducia id faciunt. Tanta enim C.T. in omni literarum genere præstantia est, tanta antiquitatis memoria, tanta bonarum omnium artium peritia, vt iam de doctis & eruditis præcipuum tuum esse iudicium existimetur. Sciunt omnes qui in Germania versati sunt, C.T. ita in omni philosophiæ genere, sed præsertim in Astrologiæ scientia excellere: vt ceteræ quidem artes C.T. cum aliis communes, huius tua quasi propria ac præcipua possessio videatur. Quæ vidi ego, cùm istic aliquandiu apud C.T. commorabar, mathematica instrumenta! quas machinationes! qualem verò & quanto artificio elaboratam sphæram! vt etiam Archimedeam illam propemodum superare vi-

deretur. O beatos tali principe clientes! ô miseros qui furiosis & agrestibus dominis seruiunt. Iam verò quid dicam de fortitudine & virtute militari, cuius adolescens ac penè etiam puer tanta ac tam præclara orbi vniuerso documenta præbuisti? Ad tantas laudes accessit praeterea incredibilis animi mansuetudo, & naturæ bonitas, qua literatos viros complecteris: & quanuis Deus C. T. in isto altißimo dignitatis gradu collocarit, nunquam tamen ab eorum consuetudine abhorres. Me quidem (si tamen in illo mihi numero aliquid loci relictum est) me, inquam, summa iam olim benignitate, fauore, & beneuolentia complexus es. Nuper verò vbi me propter fatalem patriæ tempestatem, extorrem esse audisti, non modò conditionem in tua ditione honestißimam mihi detulisti, verumetiam fortunam meam miseratus, singulari ac planè regali munificentia muneratus es. Itaque valde me ingratum ac potius impium iudicari patiar, nisi tantam munificentißimi

tissimi Principis liberalitatem non modò memori mente prosequar, verumetiam quibus possim modis prædicem. Qua de caussa quum hunc Quæstionum aliquot ciuilium libellum in manibus haberem, neque alia ratione mei erga C.T. animi obseruantiam testari possem, non alienum officio meo esse iudicaui, si eum ego illustrißimo tuo nomini inscriberem. Cùm enim earum Quæstionum tractationem in illum contulissem, quæ in iure nostro principem locum obtinent, multorúmque Iurisconsultorum disputationibus vexatæ, claræ in primis atque illustres habentur: commodißimè facturũ me putaui, si tractationem omnium illustrißimam Principi omnium illustrißimo, doctißimo & munificentißimo dicarẽ. Primùm vt munificentiæ tuæ gratias quibus possem modis agerem: deinde, vt si quam de meo erga C.T. studio & fide opinionem concepisti, eam ego omni animi atque ingenij contentione confirmem: magnitudinémque meæ erga C.T. obseruã-

tiæ qualicunque ratione poſſum, teſtificer. Vale illuſtriſſime Princeps, & ſalue. Deum oro vt C. T. quãdiutiſſimè beatam ac florentem eſſe patiatur. X. kalend. *Iulij, M.D. LXXIII.*

Illuſtriſsimæ C.T. obſequentiſsimus
Fr. Hotomanus.

TITV-

TITULI QUAESTIONUM illustrium, quæ hoc libro tractantur.

FRANCISCI HOTOMANI IVRISC. Quæstionum illustrium liber.

An Regibus ius sit regna & ditiones suas arbitratu suo deminuere.

QVAESTIO I.

VETVS & præclara hæc quæstio est: eiúsque vsus cùm in Gallia nostra persępe magnus est, vbi de dominio Regis disputari solet: tum etiã apud Germanos insignis fuisse memoratur, anno M.CCLXX: cùm Imp. Carolus IIII Venceslaum filium Cæsarem designandum curauit. Promisit (inquit Nauclerus) Electorum cuique centum aureorum millia pro consensu: quæ cùm soluere non posset, obligauit illis telonia & vectigalia imperialia, oppida, proprietates & iura, titulo pignorum. Ex quo insurrexit disputatio grandis. Vna enim pars probare contendebat, quòd non liceat neque expediat exossare imperiũ: alia asserebat rationabiliter hoc factum, ne ipsorum Electorum regiones grauentur à po-

tentioribus.Hæc ille in Chron.Gener. 46. Simillimam inter Papam & Imp. Ottonem IIII controuersiam anno M.CCX exortam,Ioh.Tritemius cap.22.commemorat:propter Marchiam Apuliæ, quam Imperator (inquit Tritemius) ad Imperium ,Papa verò ad Ecclesiam pertinere Romanam confirmabat, per donationem testamentariam Do.Mathildis,filiæ quondam Rotgeri Principis Siciliæ famosissimi,& vxoris Conradi Regis, filij Henrici Imperatoris IIII.Hanc donationem per mulierem sine consensu Principum factam Ecclesię,Papa validam,Imperator verò inualidam esse dicebat.Tandem cùm Imperator Papę ipsam Marchiam non vellet concedere, ab ipso fuit excommunicatus.

Quare operæpretium fore videtur,quid de quęstione proposita in vtranque partem afferri possit, considerare. Nam quantum ad ius Romanorum attinet,satis constat,lege Regia summum ius Cæsaribus in res omnes tum diuinas, tum humanas, iudicium arbitriúmque tributum fuisse. Itaque Seneca lib.de benef.7.cap.4.Iure ciuili,inquit, omnia Regis sunt:& tamen illa quorum ad Regem pertinet vniuersa possessio, in singulos dominos descripta sunt. Et cap. seq. Sub optimo Rege, omnia Rex imperio possidet: singuli dominio. Itē cap.6,Cæsar omnia habet: fiscus eius priuata tãtùm ac sua,& vniuersa in imperio eius sunt: in patrimonio,propria. Atque in eandem sententiam extat locus ille nobilis Ambrosij epist.33, vbi de Valentiniano Imp.loquitur.Conuenior, inquit, à Comitibus & Tribunis, vt basilicæ fieret matura

traditio:

traditio:dicentibus Imperatorem iure suo vti, eo quòd in potestate eius essent omnia. Respondi, si à me peteret quod meum esset, id est fundum meum, argentum meum, ius huiusmodi meum: non refragaturum: quanquam omnia quæ mea sunt, essent pauperum. verùm ea quæ diuina, Imperatoris potestati non esse subiecta. Quinetiam cæterarum ferè gentium similia licet instituta cõmemorare. Nam apud Florum lib. 2. Eutropium lib. 4. & in Epit. Liuij 58, Attalus Rex Pergamenorum regni sui heredem populum Romanum instituit, his verbis, Populus Romanus bonorum meorum heres esto. Bonorúmque nomine populus R. regnum ipsius vniuersum, diuina humanáque, publica & priuata complexus est. Sic in ead. Epit. 93, Nicomedes Bithynię Rex moriens populum R. fecisse heredem dicitur: regnúmque ipsius in prouincię formam redactum. quod idem refert Eutropius lib. 6. Item Epit. 59, Aristonicus Regis Eumenis filius Asiam occupasse dicitur: cùm testamento Attali Regis legata populo R. libera esse deberet. Sic apud Ciceronem Agrar. orat. 2, Alexander AEgypti Rex Alexãdriam & AEgyptum populo R. legasse dicitur. Apud Liuium lib. 70. Ptolemæus Cyrenarum regnum: apud Tacitum lib. 14, Prasutagus regnum Icenorum Cæsari, & ipsius filiabus. Ex quibus intelligi potest quàm absurdè & ἀνιςορήτως Alb. Krantzius lib. Dan. 2. cap. 3. ita scripserit, Vnguinus Gottorum Rex erat, quẽ Haldanus post se regni moderatorem in Dania designauit, Noruagiæ Hasmundum impuberem filium relinquens. Nouum & antehac incomper-

tum munus testamento datum. Equidem ædes, agros, prædia, vineas, & his similia testamento dari audiuimus: regnum autem præstare chartæ beneficio, prodigij loco habitum est. Iam verò cui nota non est vel donationis Constantini fabula, vel donationis Ludouici, cognomento Pij, verissima historia, qui Papæ Paschali vrbem Romam cum Italiæ parte donauit? cuius donationis instrumentum extat apud Volaterr. lib. Geogr. 3. Item donatio Delphinatus facta Regi Galliæ à Principe Vmberto, anno M.CCCXLIX, ea lege vt Regis filius natu maximus Delphinus diceretur, & ditionem illam tanquam Imperij feudum ab Imperio recognosceret, eóque nomine Imperij vassallus esset: vti scribit Theod. Nihemius, lib. hist. 2. cap. 25. Item donatio totius regni Gallici mortis caussa facta à Carolo VI Galliæ Rege, collatáque in Henricum Angliæ Regem anno M.CCCCXX. cuius donationis formulam Enguerrantius Monstrelettus prodit, cap. hist. 225. Denique nota omnibus est donatio XX oppidorum Israelij regni, facta à Rege Salomone, Hiramo, Regi extero & fortasse profano. cuius testimonium extat I. Reg. cap. 9.

Sed quoniam de Impp. Romanorum iure instituta disputatio est, locus hic postulat, vt iuuentutis caussa paulo subtilius de eo disseramus: quòd ea res à nemine, quod sciam, adhuc explicata sit. Intelligendum est igitur, earum rerum quæ sub Cæsaris imperio ac ditione sunt, quatuor genera fieri à Iurisconsultis. Aliæ nanque, res Cæsaris appellantur, aliæ res Fisci, aliæ Publicæ, aliæ Priuatæ.

l.3.§.

l.3.§.pen.D.de iur.fisc.l.1,C.de pœ.iud.mal.l.1,§.2.
D.de calum.Res Cæsaris dicuntur,quæ in principis cuiúsque priuato patrimonio sunt:non quatenus est princeps, sed quatenus est Arcadius, aut Honorius,aut Antoninus.l.cum seruus, 39, §. vlt. D.de legat.prim.l.3,C.de quad.præsc. Itaque res Priuatæ,& priuata principis substantia, & res dominicę,itémque patrimoniales appellantur.l.pen. & l.vlt.C.de fund.patr.Nonnunquam etiam AErarium hoc Priuatum appellatur: quod duplex fuit.vnum, largitionum, siue rerum priuatarum, Augusti Augustæque: aliud sacrarũ largitionum, siue thesaurorum.l.1,C.de locat. præd.ciuil.l.2, & l.3,C.de quad.præsc.Res autem Fiscales dicuntur, quæ non tam in Principis quàm in principatus patrimonio sunt:eíque ad suam dignitatem tuendam,quasi vsusfructus nomine, attribuuntur. qua de caussa patrimonium Fisci nominatur,in l. 2, §. 2,D.neque in loc.pul.l.pacta conuenta, 72,§.1,D. de cont.empt.Sic in l.vlt. D. qui pot.in pig.apertissimè res Cæsaris à rebus Fisci separantur: & principio species proponitur, qua priuatus præfertur Fisco in hypotheca:pòst altera species, qua priuatus Cæsari similiter in hypotheca præfertur. Item in l.Fiscus,6.D.de iur.Fisc.vbi ratio Cæsaris à ratione Fisci separatur.Itémque in l.οἱ ἐπίτροποι, 49,D.locat. vbi χωρία Καίσαρος separantur ἀπὸ τῶν χωρίων τοῦ ταμιείου. & l.2,& l.3.C.de quad.præsc. & l.vlt.C.de collat. fund. Fisc. Iam verò res Publicæ dicuntur, quæ in populi patrimonio sunt,l. quod in littore,14,D.de acq.rer.dom.l.1,De rer.diuis.l. inter, 17,de verb.sig.non autem quæ vsui publico

ſunt, & in quæ populus Rom. imperium habere dicitur, in l.3, D.neq. in loco pub. In publicis igitur rebus primùm numerabimus AErariũ: quod non Principis fuit, ſed populi & Reipub. Spartianus in Adriano: Damnatorum bona in fiſcum priuatum redigi vetuit, omni ſumma in ærario publico recepta. Plinius in Panegyrico : At fortaſſe non eadem ſeueritate fiſcum, qua ærarium cohibes? Imò tanto maiore, quanto plus tibi licere de tuo quàm de publico credis. Præter ærarium erãt & ciuitatum agri publici, qui ſi in perpetuum locabantur, Vectigales appellabantur. l.cotem, 11, §. 1, D.de pub. l.1, D.ſi ag.vect. l.Lucius, 21, §. vlt. D. ad munic. Nam Publica generaliter nunc appellamus, ſiue populi, ſiue ciuitatum. l.eum qui, 16, de verb.ſign. Quanuis igitur multo maxima pars vectigalium in Fiſci iure eſſet, l.1, D.de publ. l. inter, 17, de verb.ſign. tamen quædam populis & ciuitatibus conceſſa erant. l.vectigalia, 10, l.vlt. C.de vectig.& com. l.vectigalia, 10, D.de publ. l. 3, C. de compenſ. Reſtant res Priuatæ, ſiue ſingulorum, quæ in cuiuſque ciuis patrimonio eſſe dicuntur. l.1, D.de rer.diu. Ergo quantum ad Cæſaris patrimonium attinet, dubium nemini eſſe debet, quin id Romano iure alienari, Principis iuſſu atque arbitratu, liceret: propter d.l.cum ſeruus, 39, §. vlt. de leg. 1.& l.vniuerſi.9, & l. ſeq. C. de fund.patr. Quantum autem ad res Fiſcales attinet, idẽ quoque iuris fuiſſe conſtat ex l. 2, §. 2, D.neq. in loc. pub. vbi res fiſcales, quaſi priuatę & proprię Principis dicuntur: & d.l.3.C.de quadr.præſ. Quæ differentia, inquit, introducatur, cùm omnia Principis

pis

pis esse intelligantur, siue ex sua substantia, siue ex Fiscali fuerit aliquid alienatum. Denique Fiscalium rerum commercium esse, patet ex l. si procurator, 5. D. de iur. Fisc. Quantum autem ad publicas res attinet, video harum quoque rerum summum iudicium penes Imperatorem fuisse: vt de vectigalibus traditur in l. 3, C. vect. nou. inst. nõ poss. & de locis communibus. l. 2, §. siquis à Principe, D. neque in loc. publ. & de agris publicis. l. eotem. 11, §. 1, D. de publ. & de itineribus publicis. l. seruitutes, 14, D. de seru. Quid ergo est? an Cæsaris res, quæ publici iuris erant, alienandi ius fuit? Sed obstat l. imperatores, 37, D. de pact. & l. 1, D. de off. proc. vbi procuratori Cæsaris non alienandæ sed bene gerendæ rei potestas permissa esse traditur: quasi summum ius administrandi, non etiam alienandi haberet. Restant res Priuatæ: de quibus ex iuris Romani ratione dubitari videtur posse, propter l. Lucius, 11, D. de euict. vbi priuati hominis prædia Imperatoris iussu alienata proponuntur. Quo argumento plerique confirmari putant, Imperatoris Romani etiam in priuatorum fortunis alienandis summum ius summámque potestatem fuisse. Sed peruersè & absurdè illo loco ad eam sententiam abutuntur. Non enim de agris, qui proprietatis iure in ciuium R. patrimonio sunt, ibi Paulus loquitur, sed de prædiis quæ in Germania trans Rhenum bello quæsita fuerãt: & non proprietatis, sed tantùm possessionis iure fruenda concedebantur: de quibus in l. quæstio, 115, D. de verb. sign. vnde illud Festi, Possessiones appellantur agri latè patentes, publici priuatíque:

quia non mancipatione,sed vsu teneantur.Eóque pertinet l.cotem,11,§.agri,D.de publ. & vect.& l. item prædia,10, D.fam.ercisc.vbi vectigalia prædia dicuntur non esse nostri patrimonij. Qua de re vberius in Feudali diction.disseruimus.Cùm igitur huiusmodi essent prædia illa Germanica trans Rhenum,nó mirum est si Imperatoris præcepto postea distracta,vel veteranis assignata fuerint. Quinetiam alio loco traditur, in priuatorum agris nihil,ne publico quidem consilio,cum ipsorum iniuria capi ius fuisse.l.vēditor,13, D.de com. præd.In eámque sententiam Cicero Off.2, Vidēdum, inquit, erit ei qui Remp.administrabit, vt suum quisque teneat,neque de bonis priuatorum publicè deminutio fiat. Eodémque peruulgata pertinet quæstio de vinea Nabothi, quam Achabo Regi postulanti vt eam sibi venderet, aut permutaret,recusauit.1,Reg.21. Quanquam dissimiles regnorum formas esse constat:neque in regno Israelio videatur tantum iuris Regibus cōcessum: partim quia Deus certos cuique tribui agrorum fines attribuerat,partim quia Deut.17,vbi lex Regia perscripta est,interdictum erat Regi ne se supra suos fratres efferret.vt facilè intelligatur, Regibus Israeliis ius non fuisse, ciuibus inuitis suos agros eripere:quorum fructuarij tantùm erāt,non pleno iure domini lege diuina constituti.

Verùm vt ad institutam quæstionem de Regno deminuendo reuertamur, existimamus Regibus ius non esse ditiones suas sine populi & subiectorum suorum consilio & consensu alienare. Sentētiæ autem nostræ argumentum hoc primum ac sum-

ſummum eſt,quoniam per huiuſmodi conuentiones non tantùm agri & domicilia,verumetiam incolæ alienantur:qui etſi in Regis ditione,imperio ac poteſtate eſſe dicuntur,tamen multo magis in ipſius fide & clientela ſunt:neque tam eius poteſtati permiſſi,quàm fidei & beneuolentiæ commiſſi. Itaque & liberorum & nobilium nomen iúſque retinent.Non enim omnes qui ſub Regum imperio ſubiecti ſunt, continuò ſerui habendi ſunt.Aliud eſt enim Regem,aliud Tyrannum eſſe:vt Ariſtot.Polit.3,demonſtrat. Rex,inquit,volentibus & conſentientibus imperat, tantùm vt eos regat:Tyrannus verò inuitis dominatur, tantùm vt eos pro pecudibus, nedum pro ſeruis & mancipiis,habeat.Rex,inquit,omnia ad ſubiectorum ſalutem & incolumitatem refert. *θεοῦ γὰρ διάκονός ἐστί σοι εἰς τὸ ἀγαθόν*,vt ait Paulus Rom.13: Tyrannus verò ad ſuum commodum, vtilitatem & voluptatem omnia contorquet. Quod quàm præpoſterum & naturæ contrarium ſit, vel ex eo intelligi poteſt, quòd ſubiecti non Regum cauſſa,ſed ex contrario Reges ſubiectorum cauſſa reperti ſunt: poſſúntque ſubiecti eſſe ſine regibus: Reges ſine illis eſſe non poſſunt. Cùm igitur in huiuſmodi alienationibus etiam homines, iíque ingenui, contineantur, liberorum autem hominum commercium nō ſit:conſentaneum eſt, Reges ditiones ſuas neque in totum neque in partem ſine ſubiectorum ſuorum conſenſu alienare poſſe.l.liber homo,103,D.de verb.oblig.l.ſi emptione,34.§.1,D.de contr.empt. Quid verò, ſi etiam illa conſideratio accedat, quòd ſubiecti in eius

fortasse Principis ditionem abalienantur, qui sua potentia ad tyrannidem abutetur? Annon absurdum est existimare, duriorem ciuium subiectorum conditionem esse, præsertim ingenuorum, atque adeò nobilium, quàm olim fuerit libertorum? Atqui Romano iure cautum est, ne heres seruum, cui libertas per fideicommissum relicta est, alij possit manumittendum tradere, vt eius libertus fiat, quàm qui à testatore manumittere rogatus est. l. generaliter, 24. §. vlt. & l. inuitus, 34. D. de fid. lib. Eódem accedit, quòd liberti cogi à patronis non poterant alio loco, quàm quo illis liberet, domicilium suum habere. l. pen. C. de op. lib. neque licita negotiatione prohiberi poterant. l. 2. D. de iur. patr. aut ibi artem suam exercere, vbi patronus nolebat. l. quæro, 18, D. eod. & l. libertus, 45, D. de op. lib. Verùm, vt hac de re paulo subtilius disciplinæ caussa exponamus, quadripartita disputatio instituenda est. Nam aut regnum populi iudicio suffragiísque delatum est, vt hoc anno 1573 de Polonico deferendo haberi comitia vidimus: aut à maioribus hereditate & antiqua successione relictum: aut ab extraneo, testamento legatum: aut armis ac bello partum. Neque enim Tertulliano assentior, qui in Apolog. aduersus gentes scribit, se arbitrari regnum omne vel imperium armis quæri, & victoriis propagari. Si regnum populi suffragiis delatum est, primùm animaduertendum est, ecquæ pactiones & conditiones in Rege creando interpositæ fuerint: velut in c. intellecto, 33. Extr. de iureiur. vbi in Rege Hungariæ inaugurando iusiurandum ab illo exactum fuerat,

fuerat, nequid è ditionibus suis alienaret, sed iura regni integra cõseruaret. Nam siqua pactio interposita est, quoniam (vt vulgò dicitur) nihil tam humanæ fidei consentaneum est, quàm ea quæ placuerunt seruari: l.1.D.de pact.l.non minorem, 20.C.de transf. Rex qui fidem publicam subiectis datam & iureiurando confirmatam violat, iam non Rex, sed humanæ fidei & iuris gentium expers habendus est. Quòd si pactio nulla in creatione adhibita est, sed simpliciter ei regnum delatum est, tum verò, quia Rex moderator Reip. non euersor constitutus est, aurea regula de Reip. curatoribus seruanda est, vt ius Reip. pactionibus mutare non possint. l.2.§.ius Reip.D.de adm.rer. ad ciu. Item de omnibus administratoribus, vt quibus administratio permissa est, non vtique alienandi potestas permissa intelligatur. l. contra, 28, D.de pact. Denique Rex tanquam populi sui tutor præscriptam tutoribus regulam seruare debet, vt tum denique pro domino habeatur, cùm pupillis prouidet: hoc est, cùm salutem & incolumitatem populi tuetur. l. tutor, 27. D. de admin.tut.l.7, §.si tutor, D.pro empt.l.interdum, 56, §.pen.D.de furt. Nam (vt Cic.Off.1. scribit) vt tutela, sic procuratio Reip. ad vtilitatem eorum qui commissi sunt, non ad eorum quibus commissa est, gerenda est. Et lib.de Rep.3, Resp. inquit, dicitur, res populi, quum bene & iustè geritur: siue ab vno Rege, siue ab optimatibus, siue ab vniuerso populo. Quum verò, inquit, iniustus Rex est, quem Tyrannum voco, non iam vitiosa, sed omnino nulla Resp. est: quoniam non est res popu-

li,quum Tyrannus eam factióve capessat.Iam verò si regnum à maioribus alicui relictum est, hoc casu non dubium est quin tacito iure & diuturno populi consensu regnum extra familiã alienari nõ possit: ac propterea siquis malis vtens consiliariis illud alienaret, successorem eo contractu non teneri.l.peto,69.§.prædium.D.de leg. 2.ac proinde proximo agnato successori ius esse, quod eius alienatũ erat, reuocare. l.omnia,32.§.vlt.l.peto,69.§. fratrem,D.eod.Quid igitur si regnum non maiorum hereditate & continuata successione,sed extranei alicuius testamento ac beneficio relictum esset? Tum verò dubium esse posset,an quo iure quæsitum illud esset, eodem iure abalienari posset: quoniam qui pleno iure dominus est, alienãdi,dissipandi,disperdẽdi ius habet.l.7, C. de relig. l.sed etsi.lege,25,§.consuluit,D.de hered. petit.& (vt vulgò dici solet)suæ quisque rei arbiter ac moderator est.vulg.l.in re mandata, 21. C. mand. Sed superius demõstrauimus, in huiusmodi alienationibus non tam agrorum & oppidorum, quàm ciuium & liberorum hominum rationem habendã esse: quos contra voluntatem alienari,& in tyranni fortasse alicuius potestatem transferri, planè tyrannicum videtur:cùm Romano iure ne patronis quidem in libertos ea potestas esset. d. l. generaliter,D.fid.libert.& huc pertinet,quod est apud Agell.lib.5. cap.19,Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatémque fas non fuisse, vt caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subiiceret. Quinetiam feudali iure Seniori non licet feudum alicui constitutum sine ipsius vasalli voluntate

voluntate in alterum quoquo titulo alienare. lib. Feud.1.tit.22.§.2,& tit.27.§.2,& lib.2,tit.2.6,§.4, & tit.34,§.3.Quo exemplo vti videmur posse ad coercendam alienandorum regnorum potestatẽ: quasi defunctus delegisse videatur cuius non modò potestati clientes & subiectos suos permitteret,verumetiam fidei committeret.Restat pars vltima, cùm armis & bello regnum quæsitum est. Nam cùm armis Principis partum atque in eius ditionem redactum sit,consentaneum videtur, vt de eo statuere arbitratu suo poßit. Sed quum eam ditionem solus ac per se non acquisierit, sed ciuiũ suorum sanguine,laboribus, periculis, non alienũ videtur regulam iuris ciuilis sequi, vt quod communibus multorum laboribus quæsitum est, non nisi communi eorum consilio & consensu alienari poßit.arg.l.1.& paß. C. de com.rei al. l. si in re communi,19,D.de nox.act.

Nunc superest vt contrariis argumentis respõdeamus. Ergo quantum ad locos Senecæ, nõ difficilis solutio est:dum intelligatur, Senecam non hoc statuere, Regis esse omnia,vt singula, verùm vt vniuersa.nam regnum vniuersè consideratum, est Regis:at per singulas partes,est singulorũ:siue ciuitates singulas spectemus, quarũ certi cuiusq; fines & territoria fuerũt,quæ superius publica dici demõstrauimus:siue singulos ciues,& patresfa. qui suos fundos priuato patrimonio& proprietatis iure poßident.Itaque illo eodem cap.4,sic infert, Illa quorum ad Regẽ pertinet vniuersa poßeßio,in singulos dominos descripta sunt:& vnaquæque res habet poßeßorem suum. Itaque dare

Regi & domum & mancipium & pecuniam possumus: nec donare illi de suo possumus. Ad Reges enim potestas omnium pertinet: ad singulos, proprietas. Item cap. 6, Vniuersa, inquit, in imperio eius sunt: in patrimonio, propria. Denique cap. 4. quod de Rege superius dixerat, idem de singulis ciuitatibus affirmat. Fines, inquit, Atheniēsiū aut Campanorum vocamus, quos deinde inter se vicini priuata terminatione distinguunt: & totus ager aut vllius (legendvm puto AVT VICVS) Reip. est: pars deinde suo domino quæque censetur. Ideóque donare agros nostros Reipubl. possumus, quanuis illius esse dicantur: quòd aliter illius sunt, aliter mei. Ex quibus perspicuū est, cùm dicimus, res cuiusque patrisfam. esse vel Principis, vel Reip. in cuius illæ ditione atque imperio sunt: ita intelligendum esse, vt cùm Hippocrates dixit legem esse rerum omnium dominam: quia scilicet & ciuitatis cuiusque & ciuium singulorum patrimonium cōstituit, definit, tuetur, lex sola dominium rerum confert: sola dominij acquirendi modos constituit: citra quos acquiri nullius rei dominium potest. §. 2, de bon. poss. & apud Vlp. tit. Regul. 19. Sed & qui legis vim ac potestatem habet, rerum dominium confert: veluti tacitus populi cōsensus. §. 1, de acq. per arrogat. post etiam Princeps. l. 1, C. de iur. dom. impet. itémque Senatus. l. 1, & pass. D. ad Trebell. Quòd si penes populū, aut Principem rerum dominium non esset, conferre quod non haberet, non posset. Ex cōtrario tamen videmus, & Principi & populo vendi, donari, legari, posse: cùm tamen quod cuiusque est, iterum

eius fieri nõ posſit. Sed (vt dixi) imperio ac ditione ſunt Principis aut populi: poſſeſsione autem & vſu ac proprietate, ſunt priuatorum. Vtraque hac diſtinctione aduerſus illos Valentiniani Comites & aſſentatores aulicos vtendum erit, de quibus Ambroſius loquitur, Vniuerſa quidẽ eſſe Regis, ſed non ſingula. De qua differentia planius infrà diſſerẽdi locus erit, vbi de Toto & Vniuerſo explicabimus. Quanquam in templo, quod vel ſancti vel publici iuris eſt, commodius reſpõdit Ambroſius, quæ diuina ſunt, nullius dominio ſubiecta eſſe. Quantum autem ad reliqua regna pertinet, quæ diximus interdum vniuerſa teſtamẽto donata fuiſſe, interdũ donationibus deminuta: lex formuláque Imperij (vt ſuprà diximus) obſeruanda eſt. Neque enim gẽtem vllam (præter Turcicam) ita ſtupidã ac barbaram, & pecudum potius quàm hominum ſimilem eſſe arbitror, quæ non in Rege inaugurando aliquam ab illo regni conſeruãdi fidem & iuſiurandum exigat: quemadmodum videmus feudali iure Seniorem eandem Vaſſallo fidem debere, quam Vaſſallus Seniori: & antiquo iure Romano patronum eandem cliẽti beneuolentiàm debere, quam hic illi. In Gallia quidem noſtra Rex ſine publico gentis concilio, quod vulgò Trium ordinum conuentus appellatur, nihil nec alienare, ac ne oppignerare quidem poteſt: vt cùm alij Pragmatici omnes, tum etiam Baldus teſtatur in c.1, Si de feud. fuer. controu. itémque Paponius Arreſt. lib. 5. tit. 10. art. 4. In eámque ſentẽtiam proferri ſolet textus in l. vlt. C. de præd. curial. Sic in imperio Germanico extat aurea bulla

Caroli IIII, vbi cap. 20, certę cuique Principi Electori ditiones dignitatis tuendę caussa sunt attributæ, quas ipsorum arbitratu deminui ius non est. Neque verò vel stultorum Regum, qualis fuit Carolus VI, vel aliorum qui arbitratu suo ditiones alienarũt, exempla nobis magnopere aduersantur. nam, vt vulgò dici solet, non exemplis, sed legibus iudicandum est. l. nemo, 13, C. de sen. & interl. Restat Salomonis donatio: de qua ita statuẽdum arbitror, Salomonẽ non perpetui iuris & proprietatis ac dominij alienandi caussa oppida illa XX Regi extero tradidisse. primùm propter rationem religionis, quæ sub extero Rege mutari aut corrumpi potuisset. deinde quia ne priuatorum quidem possessiones mutare Regibus Israeliis licuit: vt superius de Nabothi possessione dictum est. quid ergo est? nimirum cùm Hiramus magnã Salomoni pecuniam ad templum ædificandum credidisset, magnámque prętcrea materiæ vim illi ad idem opus vendidisset, neque satisfacere illi Salomõ per id tẽpus posset, de populi cõsilio Salomõ ei XX oppida fruẽda dedit, vt ex eorũ vectigalib. & fructibus suũ Hiramus seruaret: neq; illa emptionis iure, & vt proprietarius possideret, sed tantùm quasi ἀντιχρώμενος, aut certè eo iure quod Langobardi Precariã appellarunt. de quo in Dict. feudali commemorauimus. Cuius rei etiam argumẽtum extat, 2. Chron. 8. AEdificauit, inquit, oppida quæ Hiramus ei dederat, eáque ab Israeliis incolẽda curauit. Quibus ex verbis probabile est, non tantùm Hiramum aliquanto pòst illa oppida Salomoni reddidisse, verumetiam quãdiu ipse illa possedit,

possedit, Israelios in iis propter varietatem religionis non habitasse.

Ex duobus Regis filiis, quorum alter ante adeptum à patre Regnum, alter postea natus est, vter præferatur.

QVAESTIO II.

VETVS hæc quæstio est, & nobilitata inter historicos: primùm propter veterem Artemenis & Xerxis contentionem, quorum hic ex Dario, Rege iam facto, ille ex eodem priuato natus fuerat: itémque propter illam alteram Cyri & Arsicæ, quorum hunc alter Darius Rex iam creatus, illum adhuc priuatus genuerat. Videndum est igitur quemadmodum vtranque in partem disputari possit. Nam pro posterius nato pugnare hæc videntur. Primùm textus in l. neque Dorotheum, 61. & l. doctitij, 63, l. neminem, 64, cum l. pen. & vlt. C. de decur. lib. 10. & l. ex libera, 6, C. de suis, & legit. in quibus omnibus cõcordissimè statuitur, vt filij post adeptam à patre dignitatem suscepti, certis priuilegiis fruantur: antè verò nati, in pristina conditione maneant, neque illo iure frui possint. Secundus est in l. imperialis, 23, §. his illud, C. de nupt. vbi statuitur, vt liberi mulierum quæ à scenica vita sese Principis beneficio liberarunt, si quidem post liberationem suscepti sint, iure & priuilegio matribus concesso fruãtur: sin prius nati sint, eius expertes sint. Tertius est in l. quicunque, 7, C. de princip. agent. in reb. vbi liberi eius cohortalis qui principatũ agentium adeptus est, si pòst nati sunt, cohortali conditione

ſoluuntur: ſin antè, in priſtina conditione remanent. Quartus eſt in l.eos qui, 65, D. de ritu nupt. quam Gordianus profert in l. & ſi, 6, C. de nupt. vbi matrimonium in prouincia contractum ab eo qui officium in ea gerebat, ita valere & iuſtum eſſe iubetur, ſi officio depoſito in eadem voluntate perſeuerarint: vt tamen prius nati liberi, iuſti & legitimi non ſint. Quintus eſt in l. ſenator.11, C. de dignit. vbi Imperatores ſtatuunt, vt ij demum clariſſimatus iure fruantur, qui poſt adeptum à patre clariſſimatum ſuſcepti ſunt. Sextum argumentum ex eo induci poteſt, quòd quemadmodum is qui poſt alicuius mortem cõceptus eſt, ei neque ſuus, neque cognatus dicitur (l. Titius, 6, & l. item prætor, 8, D. de ſuis & legit. l.1, §. ſi quis, D. vnd. cognat. l. ſi quis filio, 6, §.1, D. de iniuſt. rupt. & §. cùm autem, 7, Inſt. de legit. hered.) ita qui ante adeptum à patre regnum conceptus eſt, Regi neque filius, neque adeò cognatus dici poteſt. Quò pertinet l. emancipatum, 7, D. de ſenat. vbi ante adeptam à patre ſenatoriam dignitatem conceptus, ſenatoris filius non habetur. Nam iſto modo diſputari ex contrariis poteſt: Si filius poſt amiſſum à patre regnum pro Regis filio nõ numeratur: certè ante adeptum ab eodem regnum dici Regis filius non poteſt. facit l. diuo Marco, 11, C. de quæſtion. vbi honoratorum quorundam pronepótes certis priuilegiis fruuntur, quæ tamen liberorum infamia & turpitudine amittuntur. item l.3. D. de interd. & releg. vbi liberi eius cui ciuitas adimitur, ius omne quod per ipſius perſonam obtinebant (quale eſt regnum aut Imperium delatum) amittunt

tuntq:uanuis alia iura quæ aliundè iis obueniebãt, non amittant. Et ſecundum hanc diſputationem Herodotus lib.VII, Iuſtinus hiſt.lib.II, & Plutarchus in Artoxerxe ſcribunt, cùm in Perſide orta eſſet controuerſia inter Artabazanem (vt Herodotus) ſiue Artemenem (vt Iuſtinus appellat) & Xerxem filios Darij Hyſtaſpis filij, de Perſici regni ſucceſsione: fortè tum ibi affuiſſe Demaratum Spartano regno eiectum, dixiſſéque Spartanorum inſtitutis filium poſt adeptum à patre regnum natum alteri antegenito præferri. atque hanc ob cauſſam Xerxi regnum adiudicatum fuiſſe. Nam in rei ſumma tres illi Scriptores conſentiunt: cùm in aliis quibuſdã minutioribus diſſideãt. Quod etiã Guicciardinus lib. hiſt.I. valuiſſe ſcribit, in contẽtione de Mediolanẽſi Ducatu inter Ludouicũ & Galeatium fratres: quorum hic ante adeptum à patre ducatum, ille poſt adeptum natus fuerat.

Deinceps igitur, quæ ab altera parte diſputari poſſint, videamus. Primum autem proferri ſolet l. ſenatoris, 5, D. de ſenat. vbi Vlpianus dilucidè ſcribit, Senatoris filium eum eſſe habendum, nõ modò qui ex patre in ſenatoria dignitate conſtituto, verumetiam eum qui antea ſuſceptus eſt. Facit l. filij, 22, §. ſenatoris, D. ad munic. vbi tamen videndum eſt, ne pro QVOQVO TEMPORE, vt in libris Flor. ſcriptum eſt, vulgatã ſcripturam EO TEMPORE, quæ mendoſa eſt, & apertam in Vlpiani diſputatione diſcrepantiam induceret, retineamus. Secundũ eſt ex l.2, §.1, D. de decur. & l. moris, 9, §. parẽtes, D. de pœn. vbi Papinianus & Vlpianus ſtatuũt, legẽ quæ vetat decurionũ filios atrociori-

bus suppliciis affici, etiā ad eos qui in plebeia familia suscepti fuerāt, pertinere. Tertiū induci potest, ex l. diui, 5, & l. cùm quis, 10, & l. seq. C. de natu. lib. & Nouell. 89. vbi quod statuitur, vt liberi in cōcubinatu suscepti, per contractū matrimoniū legitimorum numero habeātur, valere iubetur, siue soli maneāt, siue alij ex cōtracto matrimonio suscipiātur. Quartū ex l. cùm aduocatio. 8, C. de aduoc. diu. iud. & l. 2, C. de aduoc. diu. iud. tit. seq. vbi liberi eorū qui fisci aduocati fiunt, etiā ante adeptum illud munus geniti, à cohortali cōditione eximūtur. Itaque Plutarchus in Artoxerxis vita scribit, cùm post Darij mortem hæc eadem cōtrouersia inter Arsicam Dario priuato, & Cyrum eodem Rege iam facto natū exorta esset, ac Parysatis mater in Cyri persona, veterem illam Xerxis disputationem vrgeret, Persas tamen Arsicæ regnum adiudicasse. Quod idem Iosephus lib. Antiq. XVI, factum esse scribit ab Herode Iudæorum Rege, qui Alexandro & Aristobulo ex se post adeptum regnū genitis Antipatrum antè natum prætulit. quod tamen Herodis iudicium sibi non probari Iosephus non obscurè significat. Pòst etiam multis seculis idem in Hungaria vsuenisse Fl. Blondus, Decad. 2. lib. 6. & Mich. Ritius, lib. de Regib. Hung. 2. vbi scribunt, Bela Rege mortuo, Geysam priuato patre natum, regni hereditatem obtinuisse. Prætereа circiter annum salutis D.CCCCXL, eadem in Germania contentio exorta est, cùm Ottoni I, Romanorum imperium delatum est: quod frater eius Henricus patre iam Imperatore natus, Euerhardi Comitis Palatini, & Giselberti Lotharingiæ Du-

cis,

cis, aliorúmque Principum suasu armis vindicabat. Quam historiam Sigebertus in Chron. & alij quidã perstringunt. Suggerebãt ei (inquit Sigeb.) regnum magis competere illi in patris regno nato, quàm Ottoni ante regnum nato. Sed cùm ad pugnã ventũ est, victoria Ottoni regnũ adiudicauit.

Nunc considerandum est, ecquídnam ex iuris ciuilis ratione constitui oporteat. Nam, si quidem attentionem adhibere volumus, facilè intelligemus, maximam peruulgatæ istius disputationis partem nihil ad rem pertinere: quippe, cùm hîc quæratur de iure hereditario, quod filiis post parentum demum mortem defertur: in illis verò locis agatur de iure singulari, & certis priuilegiis, quæ liberis etiam in vita parentum conceduntur. Hæc autẽ iura incerta esse, & arbitraria, atque ex Principum beneficio & liberalitate pendere, cum ex omnibus suprà scriptis locis constat, tum præcipuè ex d.l. senator. 11, C. de dignit. in qua Imperator Valentinianus abrogat Vlpiani sententiam in d.l. senatoris, D. de senato. qua in sententia nonnullos ex Doctoribus fuisse constat. Nam si legatur, SI SENATOR, hoc modo incœpta oratio quò referatur nõ habebit: cùm posterius non TAMEN sed AVTEM subiunctum sit. considerandúmque illud verbum est, MANEAT: quod in fine legis vsurpatur, & ad eos restrictè pertinet, qui in paterno honore & dignitate suscepti sunt. Quare superest, vt ad illud extremum respondeamus: quo dictum est, quemadmodum is qui post amissum à patre regnum natus est, Regis filius non est: similiter neque is qui antè à patre regnum adeptum

ſuſceptus eſt. Intelligendum eſt igitur, aut ſcriptam ea de re legem eſſe, vt apud Spartanos, aut non ſcriptam. Si ſcripta eſt, tum diſceptatio ex verbi ambiguitate naſcitur: cùm aut ita ſcripta profertur, Filius Regis natu maximus, íſque ſolus heres eſto: aut ita, Primogenitus Regis heres eſto. Nam aliud eſt Regis filium eſſe, aliud ex Rege natum: aliud ſenatoris filium, aliud ex ſenatore: aliud Decurionis, aliud ex Decurione. Item vt aliud eſt filium eſſe liberi, aliud ex libero natum: ita aliud ſerui, & ex ſeruo. l. 2. C. de libert. & eor. lib. Idque luculenter Marcellus oſtendit in l. Titius, 25, D. de teſtam. mil. vbi ſcribit, teſtamentum à pagano factum, quamuis idem poſtea miles factus ſit: tamen niſi militiæ tempore ſe id valere velle dixerit, iure militari non cenſeri: quia conſtitutionibus Principum non militum teſtamenta, ſed quæ à militibus facta ſint, confirmantur: contráque in l. ſi miles, 92, ad leg. Falc. teſtamentum poſt annum miſſionis factum, iure militari non cenſendum. quò pertinet l. de eo qui, 10, §. 1, D. de falſ. & l. in delictis, 4, §. 1, & l. quod ait prætor, 31, in fin. D. de noxal. act. Cùm igitur ſcripta lex ſic profertur: Filius Regis primus heres eſto: ſatis conſtare, etiam eum ad hereditatem vocari, qui ante adeptum à patre regnum natus eſt. At cùm ita profertur, Primogenitus Regis: quod perinde eſt ac ſi ſcriptum eſſet, Regegenitus: tum is demũ admittendus eſt, qui patre iam Rege creato natus eſt. Quid igitur ſi ſcripta lex nulla eſt? Tum verò ad æquitatem naturalem decurrendum eſt: & ex inductione ſimilium hereditatum hoc modo cõſtituendum. Omnium bonorum à patre quæſitorum

hereditas, cuiuſcunque generis ſint, hoc eſt, ſiue corpora, ſiue iura, itemque ſiue allodia, ſiue feuda ſint, æquè ad filios ante illorum acquiſitionẽ genitos, vt ad alios poſtea ſuſceptos defertur: cùm omnia parentes liberis ſuis ex voto parẽt: l. nihil intereſt. 50, De bon. lib. & l. ſcripto, 7, in fin. D. ſi tab. teſt. quam regulã ad eos reſtringere qui poſt parta bona gignerentur, extremæ eſſet amentiæ. Itaque quod permultis Feudalis iuris locis ſtatuitur, vt filij & nepotes in feudis Ducatus, Marchionatus, Comitatus, ceterorúmque generum inferiorum ſuccedant, nunquam quiſquam dubitauit, etiam ad eos filios nepotéſve pertinere, qui ante inueſtituram adeptã ſuſcepti fuiſſent: non magis quàm quòd ſtatuitur in l. hi quibus, 6, C. de fund. patr. vti quibus patrimoniales fundi donati ſunt, eos ad ſuos liberos hereditate tranſmittant. adeò vt iura immunitatum & vacationum & ſepulcrorum alicui & ipſius poſteris attributa, indiſtinctè & ęquabiliter ad liberos quocunque tempore natos pertinerent. l. 4, D. de iur. immunit. & l. vocatio. 13, D. de munc. & hon. l. vel quod, 6, D. de relig. & ſump. funer. vbi leges generaliter & indiſtinctè ſcriptæ, generaliter accipiendæ ſunt. Quæ cùm ita ſint, conſentaneum eſt, cùm aliarum omnium hereditatum & ſucceſſionum hoc ius ſit, idem quoque in regnorum hereditatibus ſeruandum eſſe. Secũdum argumentum induci poteſt ex natura iuris antè nato quæſiti. Satis conſtat, ius alicui ex ſua perſona quæſitum, propter aliquem externum & aduentitium fortuiti caſus euentum (id eſt, qui perſonam ipſius non attingat) etſi diminua-

tur,tamen non penitus extingui.veluti ius Suitatis filio quæſitum,ſuperuenientibus aliis quantumuis multis liberis,quantum ad portionem hereditariam, imminuitur, ſed non extinguitur. Quare ſi Xerxi, dum ſolus extabat, quæſitum ſuccedendi ius erat, iniquiſſimum eſſet propter ſuperuenientem extrinſecus aliorum natiuitatem id ei eripi. Quæſitum autem illi ius fuiſſe,ex eo patet, quia ſi natus Artemenes non fuiſſet,ſucceſſio regni ſummo omnium conſenſu delata ei ſine controuerſia fuiſſet. Quod autem nõnulli diſputant,ſi regnum hereditarium eſt, prius natum præferendum eſſe: ſin autem ſuffragiis armíſve adeptum, nequaquã: planè abſurdum eſt. Nam ſiue hereditarium,ſiue ſuffragiis delatum eſt,priori genito hereditas debetur:cùm ius ſanguinis quod in legitimis ſucceſſionibus ſpectatur, ipſo natiuitatis tempore quæſitum ſit.veluti,ſi dum Titius regnum obtinebat, nepos ei ex filio naſcatur: ac tum deinde alterum filium ſuſcipiat: pòſt Titius decedat: cui dubium eſt,quin nepos ſecundo filio patruo ſuo ſit præferendus? arg.l.emancipatum, 7,in fi.D.de ſenat.nõ magis quàm ſi dum è duobus fratribus Titio & Mæuio,Titius regnum obtineret: Mæuius filium ſuſcepiſſet: deinde Titij morte Mæuius regnum adeptus eſſet: cui dubium eſt quin primus Mæuij filius,alteri poſt regnum à patre adeptum nato ſit præferendus? Alioqui cùm in iis regnis quæ ſunt hereditaria,deficientibus filiis,proximi agnati admittãtur:eos qui remotiſſimo gradu eſſent, etiam filiis aut fratribus ante adeptum regnum natis anteferri,contra iura omnia proximitatis graduum.

l.2,D.

l.2,D.de suis & legit.§.4.D. de legit.hered. & ius filio suo quæsitum per aliorum postea natorum agnationem non adimatur.l.3,§. ex his, D. de iniust.rup. Iam verò etiamsi vel suffragiis vel armis regnum adeptum esset,tamen eadem hoc quoque casu ratio valeret. quod hoc modo facilè intelligetur.Nam cùm in huiusmodi controuersiis non dubitetur, quin regnum posteaquam in patris personam incidit,hereditarium factum sit: ne illud quidem dubitari potest,tam ante adeptum regnum,quàm post adeptum natis hereditarium factum esse.Itaque vt reliqua bona, tam corporalia quàm iura, tam allodia quàm feuda, à patre quæsita,æquè ad priores vt ad posteriores liberos pertinent:l.3,& l.siquis prioris, 8, C. de sec.nupt. ita consentaneum est, regni hereditatem æquè prioribus vt posterioribus desponsam & destinatam esse.

Rege mortuo,cuius nepos ex primo eius filio demortuo,& alter eiusdem filius extant,vtri hereditas deferatur.

QVAESTIO III.

HVIC quæstioni locus est apud eas demum gentes ac nationes, quæ in hereditatibus ætatis prærogatiuam seruant.nam iure Romano, nullus ei locus relictus est: propter legem XII tab.quæ iubet,vt siquis ex suis heredibus maribus suus heres esse desierit, liberi eius & ceteri in locum suorum sui heredes succedant: ac tum

hereditas non in capita, ſed in ſtirpes diuidatur. l. 2,l.3,l.4,C.de ſuis & legit.& l.poſtumorum,13,D. de iniuſt.rupt.item,§.cùm filius,6, & §.vlt. Inſtit. de hered.qui ab int.l.1,§.ſi filius,D.de ſuis &legit. vbi nepos ex demortuo filio vnà cum altero filio ſuperſtite pariter æquabilitérque ſuccedit. Et in hanc ſententiam Witichindus Saxo lib. hiſto. 2. ſcribit,cùm circiter annum D.CCCCXLII, in Germania contentio exorta eſſet inter patruos & nepotes de legitimarum hereditatum iure, tum eius diſceptandæ cauſſa Imp.Ottonem primum comitia Germanica indixiſſe : deinde cùm in comitiis inter Principes& ciuitatum legatos cõuenire non poſſet, duello rem commiſiſſe: quæ fuit illorum temporum conſuetudo frequentiſſima. Vicit(inquit Witichindus) pars, quæ filios filiorum computabat inter filios,& firmatum eſt vt æquabiliter cum patruis hereditatẽ dirimerent.Idémque ſcribit Sigebert.in Chron.Ottonis I, ſub an. 942. vbi tamen pro PATRVIS vitioſè legitur PATRIBVS. Apud exteras verò nationes creberrimæ hac de re contentiones exortæ ſunt. Plutarchus in vita Lycurgi ſcribit, cùm Eunomus Lacedæmoniorum Rex duos filios haberet, Polydectem & Lycurgũ: Polydectes autem nullo filio ſuperſtite deceſſiſſet, atque ob eam cauſam,Eunomo mortuo,regni hereditas Lycurgo delata fuiſſet,regnaſſétque menſes circiter VIII: pòſt, cùm Polydectis vidua filiũ peperiſſet, Lycurgum ei coronam ceſsiſſe.quod idem Iuſtinus, variis tamen nominibus, ſcribit lib. hiſt.3.Pauſanias verò lib. 3. ſcribit, Cleomene Lacedæmoniorũ Rege mortuo,litem de regni hereditate

ditate coortam inter Areum, ex Acrotato primo filio demortuo nepotem, & Cleonymum ſecundum filium,ipſius Arei patruum. Senatum autem Spartanum Areo regnum adiudicaſſe. Polydorus Virg.in hiſt.reg. Angl. ſcribit, Eduardo Anglorũ Rege mortuo,circiter annum 1350,Anglos Iohãnem ex primogenito filio demortuo nepotem,reliquis Eduardi filiis Hemoni & Thomæ prætuliſſe.Paul.AEmilius in vita Caroli Craſſi: Hanno, inquit,dominatum ſolus inuaſerat, expulſo Ercẽbaldo adoleſcẽtulo, fratris maioris filio,antea defuncti:vt in magnis imperiis iure cõtrouerſo, vtrũ nepos ex maiore filio antea defuncto ad auitã hereditatem,an minor filius legibus vocetur.Hanno coactus eſt poſitis armis iudicio procerum ſtare. adoleſcenti idem ius datum,quod patri,ſi viueret, adiudicaretur.Ex contraria parte contraria exempla hiſtoriæ ſuppeditant.Procopius lib.bell. Vandal.3,ſcribit, Gizericum Wandalorum Regẽ natu grandem teſtamentũ feciſſe,iuſsiſſéque vt qui ſibi ſanguine proximus eſſet, & ex his qui natu maximus eſſet,is ſibi heres eſſet.Erant ex Genſone primo filio demortuo, nepos Gundabundus & Honoricus filius ſecundus. regnũ Honorico delatũ eſt.Conr.Vecerius vir doctiſſimus,qui Hẽrici VII vitam literis mandauit, in eandem ſententiam ita ſcribit:Interea Carolus Siciliæ Rex ſecundus rebus humanis exceſſit.plures huic filij: nempe maior natu Carolus, Martellus cognomine, & Robertus. Martellus viuo etiamdum patre, mortem, ſed filio relictò, obiit. Qua in ſpecie éxque facto ipſo larga diſputãdi materia iuriſcõſultis eſt nata:

Nepósne antecedere iure posſit patruum in ſucceſſione auita. Sed & reſponſis prudentum, & pontificia pronuntiatione quadam Robertus annixus, compendium hereditatis obtinuit: paternáque nece comperta, mox Auenionem properat. Ibi nullis non modis Clementis amicitia comparata, adeo promouit, vt Rex vtriuſque Siciliæ appellaretur. Hæc ille. Porro ad hanc rem pertinere Cl. paſtoralis, de re iudic. Doctores plerique exiſtimant. Sed neque textus ad eam pertinet, & eius auctor eſt non Bonifacius, ſed Clemens V. Denique Mich. Ritius lib. Reg. Sic. 3. diſertè ſcribit, ad eum Robertum pertinuiſſe, cui Imp. Fridericus ſua ſententia regnum abiudicarat: quam ſententiam Clemens reſcidit. Bartholus autem in auth. poſt fratres, C. de legit. hered. illius ſententiæ rationem hanc profert, quia Regnum Apuliæ feudum erat eccleſiæ Romanæ: qua de cauſſa non ſucceſſionis iure Roberto regnum adiudicatum, ſed ex domini conceſſione & inueſtitura. quam rationem ſcribit ab ſe præter cæteros Doctores excogitatam. Verùm vt ex iure noſtro remotis auctoritatibus diſputemus, & ne vagari cogatur oratio, certa, in qua quæſtionis termini conſiſtant, legis formula proponatur his Latinis concepta verbis: Si Rex moritur cui plures liberi ſint, tum qui è liberis virilis ſexus natu maximus erit, is potiſſimùm heres eſto. aut illis vſitatis, Si Rex moritur, filius eius primogenitus regni heres eſto. Proponatur ſecundo loco lex his concepta verbis, quibus Procopius vſus eſt, Si Rex moritur, qui ei genere proximus, & natu maximus erit,

erit, regni heres esto. Si lex Latinis verbis concepta est, tum necessariò distinctio adhibenda est. Nam aut nepos ante patruum natus est, aut postea. Si ante patruum natus est, dubitãdi caussa nulla est, quoniam & scripto legis & sententia iuuatur. quippe, cùm appellatione liberorum nepotes sine dubio contineãtur. l, liberorum, 220, de verb. sign. Sin autem postea natus est, tum disceptatio nascetur ex scripti & sententię contentione. Nam scriptum apertè pugnat pro patruo. Ac scitum est quod Strabo lib. 16 scribit, apud Nomadas fratres fratrum filiis anteferri, atque ijs honoris prærogatiuam deferri: vbi caussam subiungit, ætatis prærogatiuam: ἀδελφοὶ τιμιώτεροι τῶν τέκνων, κατὰ πρεσβυγένειαν. Sententiã igitur nepos vrgebit iure successionis, quam vulgus repræsentationem appellat: quasi lege XII tab. & ciuili iure nepos in filij demortui patris sui locum gradúmque succedens, ad ipsius conditionem redactus sit. l. sed etsi, 6. §. 1, D. de hered. instit. Verùm his non obstantibus intelligendum est, legum illarum omnium certissimam hanc esse sententiam, vt quemadmodum natu maior filius ceteros omnes natu minores excludit, ita stirps natu maioris stirpem natu minoris excludat. hanc nimirum ob caussam, quoniam eo mortuo qui suus heres erat, nepos in ipsius gradum locúmque succedens repentè suitatem illam adipiscitur. d. l. 1, §. si filius, D. de suis & legit. l. 2. l. 3. l. 4, C. eod. l. scripto, 7. D. si tab. test. null. adeò vt sui heredis locus ne pũctum quidem temporis vacasse intelligatur. l. 1, §. liberos, D. de coniung. cum emancip. l. si post mortem, 68. l.

quæsitum, 91. §. necessario, D. de legat.1. Quare cùm in huiusmodi regnis Suitas soli natu maximo filio quæsita sit, ceteri autem natu minores ab ea exclusi sint, sequitur, vt illo mortuo nepos in ipsius locum ascendens, solus, exclusis omnibus aliis, sui heredis ius obtineat. quandoquidem vt nō plures Reges, nec plures primogeniti, nec plures regni heredes esse possunt, ita viuo Regi plures sui heredes esse nequeunt. nam cùm succeßio regni neque communionem, neque diuisionem admittat, locus est regulæ iuris, qua dicimus, plures vni heredes esse non posse. l. quod contra, D. de reg. iur. l. 5. §. vlt. D. commod. Ex quo magnam licet inter ius Romanorum, & ius horum regnorum differentiam animaduertere. Nam iure Romano nepos quidem in filij locum succedens suus heres efficitur, sed tamen vnà cum altero filio, suo patruo: imò cum alijs quantumuis multis filijs, suis patruis: atque ita omnes auo mortuo coniunctim pro virilibus partibus heredes existunt. At horum regnorum institutis, is qui viuo Regi suus heres fuit, eidem mortuo solus pleno iure heres existit: neque quenquam vel ætate vel gradu propinquiorem coheredem admittit. Denique par eadémque huius regiæ succeßionis ratio est, quæ fideicommissariæ substitutionis. Nam si ponamus testatorem, puta Titium, cui plures filij erant, vnicum ex ijs natū maximum, reliquis omnibus exheredatis, heredem instituisse: tum deinde illi heredi instituto nepotem suum natu maximum, rursúsque huic pronepotem natu maximum exclusis semper natu minoribus substituisse: idémque deinceps

inceps institutũ in reliquis inferioribus graduum liberis seruasse vsque in infinitum:vt fieri solebat. l.pater filium,38.§.1,§.2,§.3, D.de legat. 3.l.libertis,108.D.de condic.& demonst. cui dubium est, quin vnicus semper bonorum illius testatoris successor futurus esset,remotis reliquis liberis omnibus,quãuis & gradu & ætate anterioribus?ac proinde non modò nepotem natu maximum exclusurum suum patruum, verumetiam pronepotem suum patruum magnum, & abnepotem patruum maiorem, & atnepotem patruum maximum? Par igitur eadémque ratio est successionis in hoc genere regnorum.quia suitas semel vni stirpi quæsita, quandiu in ea masculi supersunt, nunquam ab ea diuellitur: sicuti de feudorum successione traditur in lib.feud.2.tit. 31. si vassal.feud. priu. & tit. 50.de nat.success.feud. in fin.

Ex tribus fratribus cùm secundus relicto filio decessit,vter in primi, qui Rex mortuus est, hereditate præferatur:fratris huius filius, an frater tertius superstes.

QVAESTIO IIII.

SEQVITVR altera quæstio, quæ non, vt superior, ad liberorum & descendentium, sed ad agnatorum, qui à latere veniunt,ordinem ac lineam pertinet:E tribus fratribus,quorum primus Rex est,secundus relicto filio decessit, Rege defuncto vtri superstitum hereditas de-

feratur? Nam hæc quoque quæstio nihilo paucioribus Doctorum disputationibus agitata est. Pro patruo pugnat illud acerrimè, quòd in agnatorum successionibus ex lege XII tab. propinquior vlteriorem excludit: propter illa verba, Si paterf. intestatò moritur, proximus agnatus familiam habeto. l. 2, D. de suis & legit. hic autē secūdo gradu est à nouissimo Rege mortuo, & fratris filio, qui tertio gradu est, sine dubio est propinquior: neq; enim, vt in parentum, ita in agnatorum hereditatibus successio permittitur: hoc est fratris filius in fratris sui locum non succedit. l. 3, C. de legit. hered. d. l. 2, §. 1, D. de suis & legit. §. 1, vers. non tamē, & §. si plures, Inst. de legit. agna. succ. Neq; obstat, quod nouo ac singulari Iustiniani iure cōtra ciuilē rationem filius fratris admittatur. Nou. 118. & Nou. 127. quippe, cùm apertè ac nominatim Iustinianus scribat, illud esse priuilegium, eóque nomine ius illud disertè appellet. d. Nou. 118. §. reliquum: vnde satis constat, neque repręsentationem illo speciali priuilegio inductam, neque cetera iura communia tacitè abrogata fuisse: arg. vulg. l. præcipimus, C. de appellat. & l. eas obligationes, 8, D. de cap. minut. veluti, vt non modò in fratrum hereditate, sed ne in allo quidem iure, quod hereditatum exemplo inductum est, repræsentatio fit: sicut in tutela patronorum legitima. Nam si duo patroni sint, & vnus relicto filio decesserit, solus patronus superstes tutelam obtinet. Item si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, quāuis nepos in aui familia primus ac proximus sit, tamen ad solum filium tutela exemplo heredita-
tis

tis deferetur:post filium,tunc ad nepotem.l.3,§.1, D.de legit.tutor.l.si libertus, 23,§.1.de bon.libert. quod eodem modo de assignatione liberti traditur,in l.vtrum portio,55D.de assign.libert.quæ omnia iure speciali & certo illo priuilegio, quod restrictè ad hereditates pertinet, abrogata non fuisse constat.Secundum pro patruo argumentum est,quòd plerunque huiusmodi patrui nepotes ætate antecedunt: atque iccirco ætatis prærogatiua, siue (vt vulgus loquitur) iure primogenituræ potiores natu minoribus habentur.quod in regnorũ successionibus plerunque obseruari cõstat,vt maior natu minori anteponatur.Verùm his non obstantibus, contraria sententia verior ac certior videtur:propterea quòd in regalibus successionibus non tam graduũ,aut ætatis,quàm Suitatis,& stirpis ratio habetur.nam ætatis quidem prærogatiua dominatur,sed in filiorum gradu duntaxat, qui in liberorũ linea primus est. vbi verò vltra filiorum gradum controuersia,quanuis ab vna tantum parte perducta est,(sicut hic in nepote & patruo)tum ætatis ratio non habetur:sed loci ac sedis:cui propterea Suitas attributa est,quoniam ætate præstãtior ei loco prærogatiuam attribuit. Nam reuera nepos iste propterea patruo suo potior habetur, quoniam in ius & locum sui patris, qui & loco & ætate patruum anteibat, successit. Vincet igitur secundi filius,non gradu:remotior enim est,quàm patruus:non ætate,si ratio ad naturalem veritatem reuocetur.ecquonam igitur iure?Stirpis nimirum & loci, cui quæsita Suitas fuerat, & in quem ille secundi filius ascendit.Quod cùm ita sit,& secun-

di filius Tertio patruo suo preferatur, nulla dubitatio relinquitur, quin multo magis eiusdē patrui sui filiū, si in contentionē cum eo deuenerit, superare debeat: vt nullus illi quæstioni, quam à nonnullis tractari video, locus relictus intelligatur. Neque verò illud prætermittendum videtur, quòd vbi de feudali successione agitur, ius repræsentationis à Iustiniano in fratrum liberis inductum, locum nō habet: quanuis id vulgò credatur ex lib. Feud. 2. tit. 11, §. 2: vbi statuitur, vt deficientibus filiis vocentur fratres cum fratrum præmortuorū filiis. Nam (vt illo loco exposuimus) cùm regula sit, vt in feudis nouis fraterna successio nulla sit: non agitur de feudo fratris, cui frater succedat: sed de patris, cui filius: neque de patrui, cui fratris filij: sed de aui, cui nepotes succedant. denique non alia eius loci sententia est, quàm eius regulæ, qua traditur, Auo mortuo nepotes ex filio demortuo vnà cū filio superstite, id est patruo suo, in stirpes succedere. lib. 1. tit. 1. §. 3. & tit. 8. & tit. 19. §. siquis miles. & in lege Conradi, §. 3. quæ extat in Lombard. lib. 3. tit. vlt. Ex quo intelligitur, si duo ex demortuo filio nepotes essent superstites, hereditatem in stirpes, nō in capita diuidendam esse. lib. 1. tit. 8. & tit. 11.

An ciuitas bello capta, si in libertatem restituatur, iura sua omnia pristina recuperet.

QVAESTIO V.

Aspera & vehemens quæstio hæc appellatur à Quintiliano lib. 5, cap. 10, vbi exemplum hoc proponit, Cùm Thebas euertisset

ſet Alexander, inuenit tabulas, quibus centum talenta mutua Theſſalis dediſſe Thebanos, continebatur. Has, quia erat vſus commilitio Theſſalorũ, donauit his vltro. Poſtea reſtituti à Caſſandro Thebani repoſcũt Theſſalos. Apud Amphictyonas agitur. Nũc quæ dici in vtranque partem poſſint, videamus. Ac primùm pro Theſſalis hoc pugnat, quòd creditor cautionem debitori reddens, paciſci de non petendo intelligitur. l. 2, D. de pact. l. mortis cauſſa, 18, §. Titia, D. de mort. cauſſ. Alexander autem creditoris in locum ſucceſſit, cautioníſque illius eſt dominus: quia bello parta victoris fiunt. l. 5, in fi. & l. 7, D. de acq. rer. dom. Secundum argumentum eſt huiuſmodi, Eadem eſt vis ſolutionis imaginariæ, hoc eſt pacti de non petendo, & acceptilationis, quæ veræ & naturalis. l. ſolutionis, 54, & l. prout, 80, D. de ſolut. Conſtat autem ſi Theſſali pecuniam Alexandro ſoluiſſent, liberatos eos ſine dubio futuros fuiſſe. l. ſi vrbana, 55, D. de cond. inde. vbi inquilinus prædoni ſoluẽs liberatur. Tertium argumentum eſt, quòd ciuitas capta, propter amiſſam libertatem, capite minuta videtur, & quaſi mortua. l. ſi vſuſfruc. 21, D. quibus mod. vſuſfruct. amitt. ac proinde reſtituta, non illa eadem vetus, ſed alia & noua videtur: quemadmodum de homine ſeruo liberato dicitur: in l. ſeruus, 27, D. de adim. legat. l. qui res ſuas, 98, §. vlt. D. de ſolut. Contrariam tamen Thebanorum diſputationem probabiliorem eſſe arbitror. nam pro iis hoc pugnat: primùm quòd iure quaſi poſtliminij ciuitas in libertatem reſtituta eadem, eiuſdémque iuris & ſtatus eſſe fingitur: vt de agro-

rum captorum,& liberatorum proprietate traditur:in l.ſi captiuus,20,§.1,D.de capt. & de eorundem vſufructu.in l.ſi ager,26,D. quib. mod.vſusf. amitt:denique de omni iure per poſtliminium recuperato, in l.in bello,12,§. codicilli, verſ. cetera, D.de cap. quo eodem modo quaſi poſtliminium fingitur in locis ſacris & religioſis.l.cùm loca,36, D.de relig.& ædificiis in ripa fluminis poſitis. l.in tantum, 5, D. de rer. diuiſ. vel in littore maris. l. quod in littore,14,D.de acq.rer.dom. Secundum argumentũ eſt,quòd armis& manu militari capta, niſi eadem manu retineri non poſſunt. itaque ſimulatque captiuus ex hoſtiũm poteſtate,quoquomodo ſe ſubduxit, iure poſtliminij liber eſt. l. in bello,12,& paſſ. D.de capt. Quare vt Thebarum dominus propter ius belli Alexãder fuerit,tamen iis reſtitutis ius illius intercidit:ac propterea poſtliminij iure Thebani ſuũ priſtinum ſtatum recuperãt. quod idem dici ſolet de iis rebus omnibus, quæ occupatione acquirũtur: vt ſimulatque amiſſæ ſunt,in priſtinam cauſſam reuertantur,veluti aues & feræ.l.3,& l.5,D.de acq.rer. dom. Tertium argumentũ eſt, quòd quæ vniuerſitati debentur, quãdiu quilibet vnus ſupereſt,ei debentur.l. ſicut, 7,§.vlt.D.quod cuiuſq. vniu.Quare cùm Thebani non omnes in Alexandri poteſtatẽ venerint;multi etiam ſuperſint,conſentaneum videtur,Theſſalos iis obligatos manere.Supereſt vt ad ſuperiores obiectiones reſpondeamus. Quantum igitur ad primã attinet,neganda eſt aſſumptio:quoniã Alexander non vniuerſalis & iuris ſucceſſor eſt, ſicuti heres,aut bonorum poſſeſſor : ſed particularis, &

rerum

rerum singularum, vt emptor aut donatarius: quia victores earum demum rerum domini sunt iure belli, quæ manu capi possunt, ac proinde corporales sunt: cùm totum illud ius in manu, & occupatione, & captiuitate positũ sit. d. l. 5, in fi. & l. transfugam, 51, D. de acq. rer. dom. l. 1, D. de acq. poss. Ad secundam obiectionem distinctio adhibenda est: si Thessali soluissent, vtrum sua sponte, an terrore adducti soluissent. nam priore casu nihilo magis liberati fuissent, quàm qui possessori hereditatis soluunt. l. si quid, 31, §. vlt. D. de pet. hered. aut qui falso procuratori. l. qui hominem, 94, §. si nullo, D. de solut. aut qui offerenti se negotiis alienis. l. si quis offerenti, 58, D. eod. nam quæ tyrannidis tẽpore gesta sunt, sublata tyrãnide nullius momenti sunt. l. decernimus, 15, C. de sacros. eccl. Quod si belli & armorum metu territi, & ab Alexandro flagitati soluissent, propter iustum terrorem liberatio contigisset. arg. l. Fulcinius, 7, §. quid sit, D. quib. ex c. in poss. Solutio verò ad l. si vrbanã, ex eo facilis & expedita est, quòd inquilinus cũ prędone contraxerat. Tertiæ autẽ obiectioni superius responsum est, disputandi quidẽ subtilitate non eandem Thebanorum ciuitatem videri: sed propter ius postliminij, & legis Corneliæ fictionem, pro eadem prorsus haberi: quod etiam in religionis caussa dictum est ex l. cùm loca, 36, D. de religios. Ad hanc autem quæstionem illud pertinet, quod M. Tull. Verrin. VI de Segestanis & Carthaginensibus commemorat his verbis: Hoc oppidum (de Segesta loquitur) à Carthaginensibus vi captum atque deletum est: omniáque quæ ornamẽto vrbi

esse possent, Karthaginem sunt ex illo loco deportata. Aliquot seculis pòst P. Scipio Karthaginem cepit: qua in victoriâ conuocatis Siculis omnibus, iubet omnia conquiri: &c. Illo tempore Segestani maxima cum cura hæc ipsa Diana, de qua dicimus, redditur. Plutarchus autem ἀποφθεγμ. βασιλ. eadem de re commemorans: Εὑρὼν δὲ τὴν πόλιν (τῶν καρχηδονίων) ἀνδριάντων ἑλληνικῶν, καὶ ἀναθημάτων ἀπὸ Σικελίας μεστὴν οὖσαν, ἐκήρυξε τοὺς ἀπὸ τῶν πόλεων παρόντας ἐπιγινώσκειν, καὶ κομίζεσθαι. Cum reperisset vrbem Græcis simulachris & eorum donis refertam, per præcones pronuntiari iussit, vt omnes ex ciuitatibus Sicilię ad sua simulachra recognoscenda conuenirent, eáque reciperent. Pertinet etiam ad eandem quæstionem quod Matthæus Afflicticius decis. Neapol. CL scriptum reliquit de Rege Galliæ Carolo octauo, qui fugato Neapolitano Rege Alfonso, eiúsque filio Ferdinando Neapolim vrbem occuparat, ac nonnullis Gallis, quorum forti opera in illo bello vsus erat, nomina complurium Neapolitanorum, quibus Alfonso Regi obligati erant, donarat. Nam cùm Alfonsus suum regnum quatuor pòst mensibus recuperasset, denuò illa sua nomina exigere ab illis suis debitoribus, qui Gallis exsoluerant, volebat. Matthæus disputabat æquum esse debitores qui in mora fuerant, iterum verò creditori soluere: propterea quod periculum post moram commissam ad debitorem pertinet. l. quod te, 5. D. de reb. cred. l. nemo, 82, in fin. D. de verb. oblig. l. promissor hominis, 23. D. de constitut. pecun. Ex contrario tamen videmus Sabinianos existimasse, vbi

res

res fato, ac fine debitoris culpa interiit, hoc est quo casu æque apud creditorem, vt apud debitorem interitura fuisset, (cuiusmodi hunc fuisse casum apparet) eo casu periculum speciei depositæ ad creditorem pertinere. l. si plures, 14.§.vlt.D. depos.Sed alia est speciei,alia quãtitatis ratio.species enim interit,cuius certum subest corpus.quãtitas non interit, quæ sine corpore iuris intellectum habet.l.si pecunia,12.D.de legat.2.itaq; sicut incendium,ita nec bellum,aut naufragium ære alieno debitorem liberat.l.incendium,11,C.si cert. pet. Hæc cùm ita sint, miserationis tamen ratio postulare videtur,vt quod de naufragio & incendio iuris est,idẽ in direptione vrbis seruetur: nẽpe, vt quod quisque ex hostium manibus ac direptione quoquo modo suũ seruare potuit, sibi seruarit.l.5.& l.7.D.de leg.Rhod.neque verum esse, quod Matthæus censuit, eós ciues qui se pactione cum Gallis victoribus vel ab integro debito, vel ab eius parte liberarunt,pro rata non soluti debiti Regi obligatos mansisse. Facit illa Vlpiani contra Labeonem æquissima sententia, vt vicino ædes vicinas inflammatas, si arceri aliter incendium nõ posit,disturbare liceat.l.3,§.quod ait,D.de incẽd. naufrag.l.si quis,49.in fin.D.ad leg. Aquil.l. si alius,·.§.est & alius, D. quod vi aut clam.Item illa iuris regula, vt ei qui vitam suam aut familiæ pudicitiam (quæ vita charior est) quoquo modo redemerit,venia dignus censeatur.l.1, D.de bon.eor. qui ant.sent.l.vlt.D.de præuaric.

An ei qui testamenti tempore in rebus humanis nondum est, relinqui aliquid testamento possit.

QVAESTIO VI.

HVivs quæstionis tractatio, quæ inter Pragmaticos nostros vsitata est, non modò illorum imperitiam patefacit: verumetiam eorum adolescentum simplicitatem coarguit, qui ex illorum lacunis iuris ciuilis disciplinam hauriunt. Remotis igitur illorum delirationibus, intelligẽdum est, quæstionem hanc ad postumos pertinere: quorum duo genera sunt. nam alij sunt sui, alij extranei. Sui postumi sunt, qui si viuo testatore nati fuissent, in eius potestate fuissent, & primum ab eo gradum obtinuissent. l. scripto, 7. D. si tab. test. null. §. 3. Instit. de hered. qui ab intest. def. Alieni sunt, qui, si nascerentur, aut in eius potestate non fuissent, aut proximo ab eo gradu non fuissent, siue agnati, siue cognati, siue omnino extranei sint. §. posthumo. 25, & §. seq. Inst. de legat. Secundò illud scire oportet, antiquo iure, hoc est ante legem Velleam, non modò extraneis postumos alienos instituere non licuisse, sed ne suos quidem ipsis parentibus. l. Gallus, §. pen. D. de lib. & post. vbi Scæuola dilucidè & perspicuè hoc scribit, & legis Velleæ primo capite permissum fuisse ascribit, vt liceret institui nondum natos. Certum enim testatoris consilium ac iudiciũ esse oportet. l. qui liberum, 8, §. vlt. D. de vulg. & pup. subst. §. postumus, §. incertum, de legat. Qua de caussa

caussa incertæ personæ relinqui testamento non potest.l.sciendū,70,D.de verb.sig. In eo verò qui natus nondum est,multa incerta sunt. Primùm an nasciturus sit:deinde vtrius sexus: postremò quot nascituri sint,cùm re incerta de tergeminis statuatur.l.3.si pars her.pet.Itaque quod ei qui testamēti tempore in rebus humanis esse desiit ascribitur, pro non scripto habetur.l.pen. D. de his quæ pro non script.hab.l.1, §. cum triplici, C. de cad. toll. Deinde Scæuola hanc caussam affert, quia cùm aliquid testamento datur,esse debet is cui detur: id est,in cuius persona donatio cōsistat.Qua de caussa statuit,legatum per codicillos,ei qui testamenti tempore in rebus humanis non erat, nullius esse momenti.l.quidam referunt,14.D.de iur.codic. quod eodem modo de donationibus statuendum esse,vt nondum nato donatio facta nullius momenti sit.Papinianus apertè ostendit,in l.Seia,42, D.de mort. caussa donat.quoniam, inquit, in eius persona consistere donatio atque initium accipere non potest.Ac similiter statuit, sententiam aduersus eum dictam, qui in rebus humanis non est, inefficacem esse.l.2. D.quæ sent.sin.app. Hæc igitur cùm ita essent, vtilitatis publicæ caussa, ne testamenta postumorum agnatione rumperentur, institutum est vt suos postumos instituere liceret,si post mortem nascerentur:extraneos,si viuēte testatore,ex lege Vellea.d.l. Gallus, & apud Vlp.tit.Regul.22.itémque l.4,D.de lib.& post.& de legato nondum natis relicto exemplum extat in l.qui quartam,15.§.vlt.l.qui filiabus,17.D.de legat. 1. Sequitur vt de alienis postumis differamus,

de quibus apertè Iustinianus scribit in §.1,de bon. poss. eorum institutionem iure ciuili non valuisse: cuius rei ratio superius exposita est. A prætore tamen ita confirmatam fuisse,vt bonorum possessionem secundum tabulas impetrare possent. quod ita intelligendum est,si modò viuente testatore in vtero fuissent.l.3.D.de bon.poss.sec.tab. & §.tutor,26,de leg.1.postumus,36,D.de inoff.test. quoniam qui in vtero est,cùm de ipsius commodis agitur,pro iam nato numeratur.l. qui in vtero,7,D.de stat.hom. Ex quo intelligitur, ei qui testamenti tempore nondum conceptus erat,relinqui testamento non licuisse, propter eam caussam quam superius exposuimus, quòd in donatione non modò personam esse oportet,quæ donet:verùm etiam quæ donationem recipiat, & in qua donatio consistat.d.l.quidam referunt, & d.l. Seia. Prætor igitur benignè cum eo qui in vtero erat agebat, & ventrem in possessionem mittebat. l.1,§.si filius in adoptionem,& l.extraneo,6,D.de vent. in poss. mitt. Quanquam postumorum, qui legitimi & agnati erant, veluti siquis fratris postumus erat, aut in matris testatoris vtero, ius erat multo præstantius. nam illi etiam ab intestato admittebantur.l.penult.D.de leg.1,& l.1,§. penul.de leg.3.In postumis autem extraneis memorabile est, quod scribitur in l. siquis postumos, 9, §.sed si ex ea,D.de liber.& post. Postumos ex ea quæ alteri nupta est turpiter institui:quoniam hęc erat formula, Si quis mihi ex illa nascatur. At ex vidua postumus institui rectè poterat.l. postumum,27,D.eod. Positum igitur illud sit, de quo dubi-

dubitandi caussa omnis sublata est, ciuili iure alienis postumis nihil neque institutionis, neque legati nomine relinqui licuisse: iure prætorio licuisse. ac proinde fideicommissum vtiliter relinqui potuisse. l. 5, 6, 7, D. de reb. dub. quoniam fideicommissa iuris prætorij sunt: vt inter omnes constat. Pòst verò Iustinianus constituit, vt etiam alienis postumis, & hereditatis & legati nomine relinqui liceret: denique vt cum iis testamenti factio esset. §. postumo, 25, de legat. Et quoniam sola voluntas in fideicommissis seruatur, consentaneum esse, non modò postumis, qui in vtero erant mortis testatoris tempore, verumetiam iis qui concepti nondum erant, relinqui per fideicommissum licuisse. d. l. pen. de leg. 1, l. Titia, 85, D. de cond. & demonst. l, cùm pater, 77, §. penult. de leg. 2, l. in annalibus, 22, C. de legat. adeo vt etiam eius qui nondum natus est fidei committi possit, non modò qui natus nobis successurus est, vt in l. 1, §. pen. D. eod. verùm etiam qui planè alienus & extraneus futurus est. l. si ita fuerit, 9, D. de leg. 3. Quæ cùm ita sint, difficile dictu est, probabilem videri Nicolai Vallæ senatoris Parisiensis sententiam, aut eius qui postea suppresso nomine hanc quæstionem totidem propè verbis tractauit: vt ei qui in rebus humanis non est, relinqui testamento non possit.

An fidem hosti datam seruari oporteat.

QVAESTIO VII.

HOSTES generali nomine, mala consuetudine, dicuntur omnes contra quos arma feruntur: quorum sex genera sunt. Nam alij sunt verè propriéque hostes, qui externi sunt (cùm eo verbo vetustè Peregrini appellarentur) & pari atque nos iure ac libertate vtuntur: inter quos publico consilio bellum intercessit. l. hostes, 118. l. quos nos, 234, D. de verb. sign. l. hostes, 24, D. de capt. & postlim. Alij Defectores, qui cùm imperio ac ditione nostra tenerentur, à nobis desciuerunt. l. 5, D. de cap. min. Alij Prædones, hoc est piratæ & latrones. d. l. hostes, D. de capt. Alij Aduersarij, inter quos non bellum, sed ciuilis discordia exerceri dicitur: in l. siquis ingenuam, 21, §. 1, D. eod. eóque nomine Cæsar in libris de bello ciuili frequentissimè Pompeianos appellat. quod non leui momento æstimandum est. Nam de Antonio Cicero Philipp. XII, commemorans: Ego, inquit, semper appellaui Hostem, cùm alij Aduersarium: semper hoc Bellum, cùm alij Tumultum. Contrà verò nonnulli è Pompeianorum militibus Cæsarianos, hostes non appellabant. vt lib. belli ciuil. 3, Ac nónullæ militum voces audirentur, sese contra hostem si ducerentur, ituros: contra ciuem & consulem, arma non laturos. Alij sunt Proscripti, siue iudicio damnati, & hostes à senatu iudicati: de quibus in d. l. 5, D. de cap. min. l. sunt quidam, 17, D. de pœn. Postremi sunt Serui fugitiui, cùm arma

ferunt:

ferũt:vt Spartacus,de quo in l.3,D.de acq. poss. itémq; Eunus,Athenio,& alij, qui generali nomine Hostes appellantur in l.3, C.de iis qui ad Eccl. confug. Ad quæstionẽ autem illa præmunitio adhibenda est. Inter quos iuris alicuius communio est,inter eos obligationem cõtrahi: inter ceteros, non contrahi. vt de seruis dicitur in l. quod attinet,32,D.de reg.iur.l.serui, 14, D.de obl.& act. l. naturaliter,13,D.de cond.indeb. Itaque vt de singulis ordine differamus, quia cũ hostibus iurisgẽtium cõmunio est.l.vlt.D.de legat.sequitur, vt cũ iis conuentionum, ac proinde obligationũ communio sit.l.conuentionũ,5,D.de pact.qua de caussa violandis hostium legatis ius gentium violari dicitur:in d.l.vlt.& apud Liuium lib.15. & lib. 38. & apud Cicer. Verr. 3. ex quibus constat, eos qui legatos violarunt, hostibus dedi pro noxa solitos. vicissímque legati eos ad quos missi sunt, violantes,iusgentium violare dicuntur,apud Liuium lib. 5. Sic violandis induciis iusgentium violari dicitur,apud eundẽ lib.40.Itémque hostibus per colloquij speciem violandis,lib.38. vt T. Labieni factum in Commio Atrebate vulnerando defendi non posse videatur:apud Hirciũ bell.Gall.8.cap.3. Ex eodem genere peruulgata illa sunt,de deditione eorum qui cũ hostibus pacem fecerunt, quam Senatus ratam non haberet:apud Cicer. de Off. 3. & in d.l.vlt. D. de legatio.& l. 4, D. de cap. & de Attilio Regulo,qui quandiu hostium iureiurando teneretur,senatorem se esse,aut sententiæ in senatu dicendæ ius se habere negabat : apud Cic. eod. lib. de Off. 3. & de Clœlia , ceterísque virginibus

obsidibus, apud Liuium lib. 2. Deinceps de ceteris videamus. Cum defectoribus ergo iurisgentium communionem intercedere, vel eo patet, quòd cùm hostium numero sint, eodem quo illi iure habendi videntur: ex d. l. 5, D. de cap. min. De prędonibus autem maior dubitatio est, propter auctoritatem Ciceronis de Off. 3. vbi negat eum qui prædonibus pactum pro capite pretium non attulit, teneri, ne si iuratus quidem id non fecerit: nec enim cum illis fidem, aut iusiurãdum esse commune. Sed videamus, primùm quia lex nulla est, quæ pactionibus & conuentionibus cum illis contrahendis interdicat, an quæ nominatim vetita non sunt, permissa intelligantur: l. ex eo, 18, D, de testib. Deinde naturalis & gẽtium iuris communionem etiam prædones ac latrones habere, docet l. bona fides, 31, D. deposit. vbi Tryphoninus ex Marcelli sententia statuit, si res à latrone, prædone, & fure apud ipsum dominum ignorantem deposita sit, iuregentium obligationem non contrahi: sed si apud alium deposita sit, contrahi. Quo ex loco perspicuum est, etiam latrones iurisgentium communionem habere. Præterea locus est apud Cæsarem belli ciu. 3. vbi apertè scribitur, actum à Romanis ducibus in Pyrenæis mõtibus cum prædonibus & fugitiuis, de cõpositione, legatósque ad eos missos fuisse. De aduersariis autem dubitari nõ posse, argumento est primùm d. l. si quis ingenuam, D. de capt. vbi multo meliore quàm hostes conditione esse dicuntur: deinde quòd sublata colloquiorũ & conuentionũ facultate, spes concordiæ & reconciliationis omnis pręcisa videretur. Memini (inquit

Cicero

Cicero Phil. xii.) colloquia & cum acerrimis hostibus, & cum grauissimè dissentientibus ciuibus. Cn. Pompeius Sex. filius Cõsul, me præsente, cùm essem tyro in eius exercitu, cum P. Vectio Catone duce Marsorum, inter bina castra colloquutus est: quo quidẽ memini Sex. Põpeium fratrem Cõsulis ad colloquium ipsum Roma venire, doctum virũ atque sapientem, quẽ Cato cùm salutasset, Quem te appellem, inquit: At ille, Voluntate hospitẽ, necessitate hostẽ. Tertiò quòd etiã damnatis & proscriptis (quæ quinta hostium species est) iurisgentium communio relinquitur. l. sunt quidam, 17, D. de pœn. & d. l. bona fides, 31, D. depos. vbi Tryphoninus statuit, vt quæ reus capitalis iudicij deposuit, si deportetur, propter naturale & gentium ius ei reddantur. Eóque nobilis illa caussa pertinet in Orat. Ciceronis pro C. Rabirio, cum L. Apuleio Saturnino & ipsius comitibus, qui in Capitolium, ne prehenderentur, confugerant, fides publica data est: & tamen vis ac cædes contra fidem publicã allata, præcipuo adiutore Rabirio, qui propterea sex & triginta pòst annis in iudicium vocatus est: auctoribus Dione lib. 37. Floro lib. 3. Appiano bell. ciu. 1. & Plutarcho in Mario. Sic cùm Catilinarij hostes à senatu iudicati sunt, tamen iis fidẽ publicã à senatu datam esse, Sallustius auctor est. De fugitiuis autem dubitandi caussam iam antea Cæsaris locus sustulit, & l. quod attinet, D. de reg. iur. Deinceps sequitur, vt quæ contrà disputari possint videamus. quorum primum argumentum est ex 2. Reg. 10. vbi Rex Iehu, cui Deus imperarat vt Baalinos sacerdotes omnes de medio tolle-

ret: illos in Baalis fanum per sacrificandi caussam euocatos interfecit. Sed locus ille nihil ad institutam disputationem pertinet, in qua quæritur, An fidem hosti datam negligere liceat. Nullam enim Iehu fidem illis publicam dederat: tametsi ad illos euocandos & vnum in locum cogendos dolo bono sit vsus, quod sine controuersia probatur. l.1, D. de dol. mal. Secundũ est ex Augustini quęst. in Iosuam: Cùm iustum, inquit, bellum susceperit, vtrum apertè pugnet, an ex insidijs, nihil ad iustitiam interest. quod relatum est in 23, q.2, c. dominus. & paratam ex superiore loco responsionem habet. Nam ante fidem datam verissimũ est quod dici solet ex Virgilij 11, Dolus, an virtus, quis in hoste requirat? & ex Amm. Marcellin. lib. 17. Nullo discrimine virtutis ac doli, prosperos omnes laudari debere bellorum euentus. Qua de caussa Vlp. in d.l.1, D. de dol. mal. scribit, bonum esse dolum, siquis aduersus hostem latronémve machinetur. Sed intelligendum, aliud esse Dolum, aliud Perfidiam. Dolus fit, vbi fides data non est: post fidem datam, locum dolo & fraudi non esse, superius ex Liuio demonstrauimus: vbi statuit, fraude per colloquij speciem adhibenda, iusgentium violari. atque ita responsum volumus ad l. nihil, 26, D. de capt. vbi scribitur, ius esse dolo malo & fallacia in hostes vti. Nam tum demum dolo vti aduersus hostes licet, cùm fides nondum data est: vbi semel data est, lædi eam non licet. & ad legem nihil exemplum Clœliæ virginis pertinet. Tertium est ex l.1, D. quod vi, aut met. Sed edictum prætoris ad pactiones cum ciuibus, non cum hostibus factas

pertinet.

pertinet. Quartum eſt ex lib. Liuij 5. vbi Camillus pactionem cum Gallis factã reſcidit. ſed cauſſam nominatim Liuius adſcribit, quia cùm Dictator eſſet (Dictatore autem facto magiſtratus omnes ceſſent, auctore Plutarcho in Fabio) quę ipſius iniuſſu pacta erant, rata eſſe non poterant. Sic enim apud Salluſt. in Iugurth. quam pacem A. Albinus cum Iugurtha Rege Senatus iniuſſu fecerat, Senatus reſcidit. Et apud Liuium lib. 30. matrimonium Maſaniſſæ & Sophoniſbæ ſine Scipionis permiſſu contractum, ipſius imperio reſcinditur. Quintum ab Vdalrico Zazio excogitatum eſt ex l. 2, C. de commer. Sed ſatis cõſtat, etiam cum barbaris iuſgentium eſſe. l. pen. in fin. D. de bon. damn. deinde aliud eſt aurum à barbaris ſubtili ingenio ſubducere, aliud fidem iis datam fallere. Supereſt acerrima Bartholi diſputatio, vt pactiones inter belli duces factæ obligationem inducant: à priuatis, non inducant. Itaque in quæſtione, An liceat ciui proſcriptum, quem ipſe reum peregerat, poſt reconciliatam inter ipſos gratiam, & fidem vtrinque datam, inſidioſè interficere: reſpondit, licere. Quo reſponſo magnam ſe gladiorum & perfidiarum occaſionẽ præbuiſſe, ipſemet in fine 1, Quęſt. ingenuè fatetur. qua de cauſſa Fulgoſius, medicũ, qui bello inter Bononienſes & Imolenſes exorto captus ab aduerſariis mille ducatos pro capite promiſerat, abſoluit. Bartholi argumẽtum eſt primum ex l. 2, & l. 3, C. quand. lic. vnic. ſin. iud. & l. 3, D. de ſicar. Sed aliud eſt transfugam & latronem, vbi iuris & legum conceſſu permiſſum eſt, aliud poſt ereptam ſibi eam libertatem interficere. nam

post fidem datam ea facultas adimitur. Secundum est ex l.1, D. de bon.eor.qui ant.sent. vbi ignoscitur ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. Sed ea regula ad quæstionem in lege propositam restringenda est: ne captio sit à dicto secundum quid, ad dictum simpliciter. deinde nulla similitudo rectè inducitur ab eo, qui ab ignominiosa morte se liberat, ad eum qui sine periculo & contra fidem datam reconciliatum amicum interficit. Tertium est acerrimum ex l.ius publicum, 38, D.de pact. Quare distinctio adhibenda est. Aut enim pactio Reip.statum & dignitatē imminuit: aut ad priuatam paciscentiū rationē, & rem familiarem pertinet. Priore casu nullius momenti pactio est: altera verò valere dicitur in l. iurisgentium, 7.§.si paciscar, D.de pact. vbi etiam de criminibus pacisci licet. Deinde Cic.de Off.1, apertè scribit, siquid singuli (hoc est priuati, de quibus proposita Bartholi quæstio est) temporibus adducti hosti promiserint, esse in eo ipsò seruandā fidem. Alterū argumentum inducitur ex l. pactum, 46, D.de pact. vbi renūtiatio sui iuris per pœnitētiā reuocari nō potest. Tertio si pactio Lucani nobilis Remp. lædebat, pœna pacisscenti debebatur: ex l.4, in fi. D.ad leg.Iul. maiest. vbi qui in vincula coniectū emisit, damnatur. Fulgosio verò sola est obiicienda l.nam & seruus, 21, D. de negot. gest. vnde perspicuum est. naturalem obligationem ab iis contrahi, qui hostibus pretium redemptionis promittūt. nam si naturale debitū non fuisset, sibi negotiorū gestor imputare debuisset. l. siquis negotia, 23, eod. Postremò si Scripturæ sacræ auctoritas

ritas quæritur, quam valere apud Christianos oportet, memoriæ proditũ est, Sedeciam Israeliorũ Regem impium, à Nabuchadnezare vinctũ & captum, atque vnà cum principibus eius gentis omnibus abductũ fuisse: ac tametsi Nabuchadnezar eum in fidẽ recepisset, illum tamen per literas ac nuntios AEgypti Regem sollicitasse, vt se ab illius potestate liberaret. Hanc perfidiã Prophetæ vehementissimè damnarunt: neque ita multo pòst liberi eius in ipsius oculis interfecti sunt. pòst eidem oculi effossi. tandem catenis vinctus Babylonem deportatus est. Qua de caussa Augustinus epist. 1. ad Bonifacium, cuius fragmentum relatum est in 23. q. 1. c. noli. Fides, inquit, quando promittitur, etiam hosti seruanda est, contra quem bellum geritur. Et Ambros. lib. de Off. 1. cap. 29, Liquet, inquit, etiam in bello fidem & iustitiam seruari oportere, nec vllum decorum seruari oportere, si violetur fides. Item lib. 3, cap. 10. docet exemplo Iosuæ, qui iusiurandum à Gabaonitis fraude & mendacio extortum seruarat, fidem etiam perfidiosis & fraudulentis seruandam esse.

Vtrum refectione rerum singularum, vniuersitas mutetur, an eadem res maneat.

QVAESTIO VIII.

VETVS exemplum est de naue Thesei, quæ, cùm singulę tabulę exẽptę essent, tamen ita refecta est, vt eandẽ speciem ac formã re-

tineret. Iuriſconſulti autem diſtinctionem adhibuerunt, vtrum res ſingulæ vno tempore mutatæ ſint, an ſenſim, particulatim, ac diuerſis temporibus. Nam corruptionem & effectionem cuiuſque rei duplicem fecerunt: vniuerſalem, & particularem. Si vniuerſalis eſt, veluti ſi nauis ſimul vſquequaque diſſoluta ſit, licet iiſdẽ tabulis, nulla præterea adiecta, reſtaurata ſit, tamẽ Sabinus, Vlpianus, & Iulianus ſtatuerunt, non eandem nauẽ manere: ac proinde vſumfructũ nauis conſtitutũ extingui. ſimiliter, ſi domus diruta ſit, & ex iiſdẽ cæmentis ligniſque reſtituta. l. quid tamẽ, 10, §. pœn. & l. repeti, 5, §. 2. quib. mod. vſusfr. amitt. Idémque Pau. ſtatuit in l. ſeruitutes, 20, §. ſi ſublatũ, de ſeru. vrb. Et Africanus in l. qui vſumf. 36, D. de vſuf. Et Caius in l. ſi ita legatũ, 65, in fi. D. de leg. 1. vt ſublato ædificio, vſusfructus intereat, eiúſq; iuris æquitas hæc eſt, quia ex forma quæque res eſt id quod eſt, & (vt vulgus loquitur) forma dat eſſe rei. l. Iulianus, 9, §. ſi quis, D. ad exhib. Quare cùm ſublata per diſſolutionẽ forma nauis corpus eſſe deſinat, ſequitur, vt quãuis ex iiſdẽ tabulis reficiatur, tamẽ non idem corpus ſit. Aliud enim materia eſt, aliud ſpecies. l. ſi conuenerit, 18, §. pen. D. de pign. act. & cui materia legata eſt, ſpecies ex ea facta non debetur. vt ſi lana legata eſt, deinde veſtis fiat, aut ex tabulis nauis, aut armarium. l. lana, 88, de leg. 3. vbi ſimiliter traditur, ſi nauis legata diſſoluta ſit, neque materiam, neque nauem refectã deberi. quod idem de domo traditur, & vſufructu legato. l. qui vſumf. 36. D. de vſuf. itémque de ornamento, aliis gemmis & margaritis adhibitis, in aliam formam com-

commutato:vt legatum ornamenti ea mutatione extinguatur:in l.Seia,6,D.de aur.& arg.Quanquã hac in parte tria magnopere animaduertẽda sunt. primùm,quòd Paulus in l.inter stipulantem,83,§. sacram,D.de verb.oblig.à ceteris (vt opinor) dissentiens,distinguendum esse statuit,vtrúmne dominus consilium habuerit eiusdem nauis aut domus reficiendæ,an tabulas,& tigna & cæmenta alium in vsum conuertendi. nam illo casu,eandem esse nauem & domum: hoc,non esse. quasi videlicet ad rei diuersitatem aut identitatem,ad corporis denique qualitatem consilium & propositum hominis aliquid valeat. quod tamen idem statuitur in l.qui res,98,§.vlt.D. de solut. Alterum est, quòd de metallis,in quibus materia potentior est forma,dissentire quoque inter se Iurisconsulti videntur.Nam Africanus in l.qui vsumf.36,D.de vsuf. apertè scribit: si scyphorum vsufr. legatus sit, deinde massa facta,& iterum scyphi, quanuis pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse,quorum vsusfr.legatus fuerat: à quo certè dissentire Paulus videtur in l. quæsitum, 78, §. illud fortasse,D.de leg.3.vbi scribit, aliam metallorum rationẽ esse, vt auri & argenti, quæ sæpius in sua initia redigi possunt: aliam ceterarum rerum,vt lapidum,tigni, & marmoris. Nã si argentum legatum sit,scyphos deberi: si marmor, nihil prętcr rudem materiam deberi.quòd eodem modo idem scribit in l.lana,88.eodem tit.tabulis legatis, nauem non deberi:massa legata,scyphos ex ea conflatos deberi.Et Vlp.in l.item legato,49.§. pen.D.eod.aurum vxori legatum,si postea cõfla-

tũ ſit, deberi. Poſtremũ eſt, vt in area, quamuis eius ſpecies mutetur, tamen aliud iuris ſit. nam area legata, ſi inædificata, pòſt iterum area facta ſit, debebitur: auctoribus Celſo, Vlpiano, & Iaboleno. l. ſi chorus, 79, §. area, D. de leg. 3. l. ſeruum filij, 44, §. ſi areæ, D. de leg. 1, l. ſi areæ, 39, D. de leg. 2. & ſi domus oppignerata poſtea diruta ſit, oppignerata manebit area: nimirum, quia ſuperficies ius ſoli ſequitur. l. Paulus 29, §. pen. D. de pig. Sic enim in l. vlt. eiuſd. tit. pactum vt domum oppigneratam vẽdere liceat, adeo ſublata ſuperficie manet, vt etiam in eandem renouatam valeat. quoniam (vt modò dictum eſt) ius ſoli ſuperficies ſequitur: cùm area pars domus ſit, eáque maxima. l. qui res, 98, §. vlt. D. de ſolut. vbi Paulus dilucidè ſcribit, aream non deſiiſſe in rerum natura eſſe. quòd ſummè notandum eſt: vt partes in toto, & naturam & nomen ſuum retineant. Sequitur altera pars diſiunctionis, ſi particularis diſſolutio inſtaurata fuerit. Tum enim Iuriſconſulti ſpeciem manere priſtinam ſtatuunt, ac proinde rem eandem ac non diuerſam eſſe. veluti ſi nauis, aut domus particulatim refecta ſit: quia cuius rei ſpecies (ait Alfenus) eadem cõſiſteret, rem quoque eandem exiſtimari. l. proponebatur, 76, de iud. quòd idem Caius de domo ſcribit, quæ particulatim refecta eſt, vt ea legata debeatur. l. ſi ita legatum, 65, §. vlt. de leg. 1. & de grége, qui prioribus capitibus decedentibus, & aliis ſubſtitutis omnino renouatus eſt, vt tamen & legatus debeatur, & oppigneratus maneat. l. ſi grege, 22, de leg. 1. & l. grege, 13, de pign. Itémq; de taberna, cuius merces particulatim ſummotæ ſunt. l.
cùm

cùm tabernã,34,D. eod. quanquam in naui video Pomponium aliquatenus dissentire videri: & requirere vt eadem carina maneat.l.quod in rerum, 24,§.vlt.D.de leg.1. Neque illi sententiæ magnopere aduersatur disputatio Hermolai Barbari apud Alex. ab Alex. lib.3, cap.1. quòd idem, apud philosophos dicitur, cuius eadem permanet materia, quæ prius fuit. Hîc autem & partes, & singulæ res omnes mutatæ ac renouatæ sunt. nam cùm species extincta non fuerit, sed idem perpetuò corpus eadémque forma constiterit, dici non potest aliam rem esse. Quemadmodum enim forma est, ex qua quæque res est id quod est, d.l.Iulianus, ad exhib.ita continuatio formæ, rei ipsius continuatio est: & quemadmodum partis vnius renouatio totum non renouat, quoniã species & forma eadẽ manet, vt si statuę brachium aliud appositum sit.l.si statua, 14, de aur. & arg. leg.ita particularis renouatio rẽ vniuersam nõ renouat. Cuius rei Alfenus etiã exẽpla profert ex corporibus humanis, ex quibus sensim ac minutatim aliquid assiduè decedit, cuius in locũ aliunde aliquid ex nutrimento succedit. Itaq; & homo idem dicitur, qui quinquaginta antè annis cùm infans editus est, fuerat: & infans surreptus, si apud furẽ adoleuit, vt adolescens ęstimatur.l.inficiando,67,§.2,D.de furt.& l.ex argento,13,D.de furt.cond. Et infans, aut pullus legatus, si in virũ, aut equum magnum creuerit, nihilominus idem censebitur. l. si infantis, D. de vsuf.& eadem sylua hodie est, quæ olim fuit Ercinia: idémque fluuius Rheni aut Rhodani, qui mẽse superiore fuit, quanuis aquæ corpus non idem

ſit. Et idem pons ille ſublicius Rheni proximè vrbem Argentoratum, qui quotidianis operis ita continenter atque aſſiduè renouatur, vt vix vlla ipſius particula ad decennium perduret.

An matrimonij ſine parentum auctoritate contracti pœna vlla conſtituta ſit.

QVAESTIO IX.

PRIMVM diſtinctio adhibenda eſt. nam liberorum alij in poteſtate ſunt, alij ſui iuris ſunt. Qui in poteſtate ſunt, ſi ſine parentũ auctoritate matrimonium contrahant, hac afficiuntur pœna, vt eorum iniuſtæ nuptiæ dicantur, iniuſtíque ipſi coniuges, iniuſti liberi: nuptiæ denique non conſiſtant. l. 2. D. de rit. nupt. imo ne nuptiarum quidem nomine appellentur. l. dotis, 68. de iure dot. adeo vt nepos auo viuente conceptus, quanuis eodem mortuo naſcatur, iuſtus tamen neque patri filius, neque auo nepos dicatur. auus denique nepotem illum ſuum agnoſcere non teneatur. l. Paulus, 11, D. de ſtat. hom. neque diſtinguitur, vtrum mares liberi, an fœminæ ſint. l. in cõiunctione, 20, C. de nupt. atque iccirco nec dos in eiuſmodi coniunctionibus locum habet, nec dotis promiſſio obligationem parit: quoniã, vbi nuptiæ non ſunt, ibi nec dos eſt. l. 3, D. de iur. dot. Idque adeo verum eſt, primùm vt ſi pater apud hoſtes ſit, vel vbi ſit ignoretur, tamen per triennium ſit expectandus. quanquam ſi tale matrimoniũ contrahatur, quod pater repudiaturus non eſſet, nuptiæ

ptiæ comprobentur.l.si nepos,9.§.1.& duabus ll. seqq.D.de rit.nupt.deinde, vt non modò contrahi, sed ne distractæ quidem reconciliari nuptię sine eadem auctoritate possint. l. nuptiæ, 18, D.de rit.nupt.l.si vt proponis,7,C.de nupt.Legis æquitatem Iustinianus exponit, ciuilis & naturalis iuris rationem.§.1,de nupt. per ciuilem intelligens patriam potestatem,quæ Quiritium propria fuit:per naturalem verò, pietatem & reuerentiam, quam liberi parentibus debent.l.2, D. de iust. & iur. l.9. D.de obseq.parent.l.4.l.5.l.6,D.de in ius voc.Nũc ad tria legis verba triplex adhibenda interpretatio est.Primùm in voce PARENTVM. nam ex illa quæstio hæc exoritur:Vtrum in nepotis aut neptis nuptiis, qui in aui potestate sunt, aui auctoritas sufficiat, an etiam filij consensus exquiratur. nam Paulus l.3,D.de rit.nupt.statuit,si nepos ex vno filio & neptis ex altero matrimonium contrahant, solius aui auctoritatem sufficere.At idem in l.oratione, 16,§.1,D.eod. Nepote, inquit,vxorem ducente,& filius consentire debet:neptis verò si nubat,voluntas & auctoritas aui sufficiet. Quæ vt inter se non pugnent, propterea quòd priore casu nurus filio ex eadem familia quæritur: posteriore, ex aliena: tamen perspicuè & naturali & diuino iuri contraria sunt: quo vtroque iure & par patri & auo reuerentia debetur: & par eadémque patri in filiam & filium potestas tribuitur. Neque huc pertinet, quod dici solet,suum heredem inuito nõ agnasci: ac propterea nepotem quasi ex filio natum sine filij consensu adoptari non posse. l. cùm nepos,6,l.si quis,10,D.de adopt. Neq; enim vtro-

uis casu suus heres filio per illud matrimonium agnascitur: cum pronepos viuo nepote suus heres dici filio non possit: nepos autem qui volens nuptias contraxit, dici inuitus non possit. Alterum legis verbum est, AVCTORITAS, in quo duplex nascitur quæstio. prior, vtrum auctoritas præcedere debeat, vt in acquirenda hereditate: l. si quis mihi, 25, §. iussum, de acquir. hered. an satis sit eam in gerendo negotio interponi: vt in tutorum auctoritate. l. obligari, 9, §. tutor, D. de auct. tut. l. 1, §. vlt. D. de tutel. aut verò post negotium gestum adhiberi, tanquam ratihabitionē. velut in specie l. 2, §. vlt. D. solut. mat. l. 3, §. sed si mutua, D. de in rem vers. Ne longum faciam, credo ratihabitionem in hac caussa non retrotrahi: quæ tamen ex Iustiniani constitutione aliis omnibus in caussis retrocurrit. l. vlt. C. ad macedon. l. donationes, 25. D. de don. int. vir. l. si fundus, 16. §. 2, D. de pig. ac ridiculū quidē esset negare, ratihabitione nuptias cōfirmari. nō. n. potest pater habere ratas nuptias, quin easdē ratihabitione confirmet. Sed negandum est ratihabitionem illā retrotrahi: quia concepti ante illam liberi, iusti liberi non censeātur. Cuius rei hęc argumēta sunt. primùm, quòd Imp. apertè scribit, Iussum patris præcedere oportere. deinde quòd Vlp. in l. vxor, 13. §. si quis, D. ad leg. iul. de adul. respondit, eum qui filiāfa. duxit, cuius nuptiis pater post adulterium ab ea commissum consensit, non posse iure mariti eam illius adulterij nomine accusare: nimirum quoniam ante patris consensum neque illa vxor, neque hic maritus fuit. Tertium argumentum est ex l. dotis, 68. D. de iur. dot. vbi nuptiæ

ptiæ ignorante ab initio patre contractæ, si pater postea consenserit, tum demum iustæ esse, & dos promissa ex eo tempore deberi dicitur. Quartum ex l.6.C. de nupt. vbi nuptiæ in prouincia muliere cõsentiente contractæ, si post officium depositum perseuerent, tum demum iustæ effici dicuntur, Nõ sumã quintum ex l.5. C.eod. vbi auus qui cognitis filij nuptiis non contradixit, dicitur debere nepotem suum agnoscere: quasi nepos iste post illum demum consensum & conceptus & natus fuisset. quia verba illa, COGNITIS NVPTIIS, rectissime accipi & interpretari possunt de cognitione nuptiarum, quo tempore, in alia forte ciuitate vel regione, contrahebantur. Altera quæstio est huiusmodi, Vtrum expressa auctoritas requiratur, an tacitus consensus sufficiat. Respõdeo, Tacitum consensum sufficere: hoc est, iussum expressum nõ requiri, sed satis esse, si pater non contradicat, atque apertè dissentiat. d. l. si vt proponis 5. C. de nupt. l. in sponsalibus, 7, D. de sponsal. Tertium legis verbum est, NVPTIAS NON CONSISTERE: ex quo hæc fluxit quæstio: Vtrum contractæ nuptiæ, ipso iure nullæ sint, an verò per magistratum rescindantur? de quo Paulus dubitare nos non finit, qui lib. Sentent. 2, titu. 19, scribit, matrimonia hæc iure non contrahi, sed tamen contracta non solui. contemplationem enim publicæ vtilitatis priuatorum commodis anteferri. Quod vt intelligatur, illud scire oportet, aliam dici legem perfectam, quę quod contra præscriptum ipsius factum est, vel ipso iure, vel per magistratum rescindit. l. non dubium, C. de legib. aliam perfectam, quæ fa-

ctum quidem non rescindit, sed pœnam irrogat: qualis est lex Furia testamentaria: de qua scribit Vlpianus tit. Regul. 1. Pœna autem huiusmodi matrimoniorum est, vt neque vir, neque vxor, neque nuptiæ, neque dos intelligatur: & qui liberi nascẽtur, inter spurios numerentur. §. pen. Inst. de nupt. Et quemadmodum scribit Apul. lib. 6: Nuptiæ, inquit, patre non consentiente factæ, legitimæ non possunt videri, ac per hoc spurius iste nascetur. Deinceps cõsequens est, vt de iis qui sui iuris sunt, disseramus. In quo distinctio adhibenda est. Nam mares quidem, etiam vigintiquinque annis minores, parentibus inconsultis iustum matrimonium contrahunt: & suscepti liberi iusti atque heredes sunt. l. filius, 25, D. de ritu nupt. l. 3, §. si emancipatus, D. cõt. tab. Fœminæ verò minores annis XXV, iustum matrimonium non contrahunt: adeo vt etiam patre mortuo, siue pupillæ sint, matris, tutoris, & propinquorum sententia requiratur. l. 1, C. de nupt. & siue viduæ sint, siue virgines puberes. l. viduæ, 18, l. in cõiunctione, 20, C. eod. At post XXV ætatis annum, propter patris socordiam, si honestum matrimonium contraxerint, exheredari non possunt. Nouella 115. Animaduertendũ est autem, quanuis emancipati matrimonium patre inconsulto contractum, iure ciuili Quiritium iustum esset, tamẽ si mulierem ignominiosam duxisset, veluti mimam, aut meretricem, quoniam familię dedecus afferebat, antiquo iure iustam hanc exheredationis caussam in nepotibus fuisse: tametsi de inofficioso agere nepotibus permitteretur: vt non minus eorum merita, quàm patris delictum perpende-

penderetur. l. 3, §. si emancipatus, D. cont. tabul. Nouo verò Iustiniani iure qui certas exheredationis caussas constituit, prætermissa hæc est. d. Nouell.115.quanquam Regis Galliæ cōstit.anno 1556, sancitum sit,vt mares ânte annum 30,fœminæ ante 25,ob contractas sine parentum auctoritate nuptias,& donationibus in ipsos collatis, & legitima portione spoliari posint. Iure autem Canonistico contra gentium omnium instituta & exempla matrimonia sine parentum consensu facta pro iustis & legitimis haberi,patet ex c.sufficiat, 27,q.2. vbi glossa subiungit requiri consensum ex honestate, non necessitate.Item gloss.in c.hoc sanctum,32,q. 2.& c.cùm caussam,6,Ext.de raptor.& c. cum quæ de sponsal. impub. vbi textus & glossa disertè in easdem istas ineptias consentiunt: contra textum expressum diuinæ legis Iudic. c. 14. Exod. c. 22. & Samuel 2.

An principalis obligatio pœnali stipulatione nouetur.

QVAESTIO X.

POENAE stipulatio quatuor modis adhibetur.nam aut pacto subiungitur, aut contractui.pactum autem aut de cōtrahendo negotio,siue obligatione constituenda,aut de transigendo(id est distrahenda obligatione)interponitur.l.1,§.1, D.de pact.similitérque contractus aut est stipulatio (quæ generaliter contractuum omnium cōmunis est)aut quiuis alius specialis.Quan-

tum ad primum,quo pactum sit de dando, vel faciendo, si quia iure Quiritium vim ad obligãdum non habet,ei pœnæ stipulatio subiiciatur: dubitari non potest, quin locus nouationi non sit. quippe, cùm obligatio,quę nouetur,nulla sit.Nam illo casu à conditione stipulatio incipit, Si nauem non feceris,centum dabis?l.ita stipulatus,115.§.itaque, D.de verbo. oblig. atque ita intelligendæ sunt l. obligationum,44,§.si ita,D.de obl.& act. Si fundum non dederis,centum dabis?Item l.1, §. 4, D. ad leg.Falc.l.1,D.de pen.leg. Si penum non dederis,centum dato. Sed res exemplo illustranda est. Qui nudo pacto promiserat se Stichum daturum, idem aduersario stipulanti spopondit centum dari,ni Stichum præstaret,Stichus,quia neque in stipulatione est,neque in obligatione,etiam in petitione non erit.sola igitur pœna peti poterit. Stichus tamen ante moram promissoris erit in solutione. quod apertissimè traditur in l.si pacto, 14, C.de pact.itemque in l.nuda,5. C.de cont.stip. siquidem nudam pollicitationem de qua ibi agitur, ad dandi aut faciẽdi pactum referamus. Sed multo commodius est,eam ad pactum de non petendo referre. primùm, propter illa verba, POST MOTAM LITEM, ex quibus apparet litem contra fidem in pacto datam institutam fuisse:ac proinde contra pactum de non petendo. quod apertissimè confirmatur in l.qui Romæ, 122. §. vlt. de verb.oblig. vbi transactio inter fratres coheredes facta fuerat:cuius hæc erat formula,Nihil amplius peti:l.siquidem,24.& l.si de certa,31. C.de trãsact. tum pœnæ subiecta stipulatio, si peterent. & quia

vnus petierat Scæuola respondet, pœnã esse commissã. Eò accedunt illa legis illius verba, SI CONTRA pactum fecerit. Nam si de dando, vel faciendo pactum fuisset, tum ita scribi oportuisset, SI ITA FACTVM non erit: ex regula Labeonis in l. cum quid. 71. & l. continuus, 137. §. si vt aliquid, D. de verbo. oblig. Quinetiam tentari potest, d. l. nuda, pertinere ad actionem in rem: vt qui possidebat, transigendi caussa, certam pecuniam sit pollicitus: pòst cum promissam summam non soluer et, neque actio ex pacto competeret, qua vrgeri posset: sempérque rei vindicatio penderet, túm illa redintegrata sit. nam post motam litem, & instauratam vindicationem, non modo aduersus transactionis exceptionem, doli vel in factum replicatio concedetur: verumetiã ex stipulatu actio, qua pœna petatur. quod valde consentaneum est cum l. siue apud, 28. C. de transact. Secundus casus pertinet ad pactum de non petendo, & ad transactionem: quæ ad distrahendum potius quàm ad contrahendum negotium adhibentur. Ergo hoc casu quæstio hæc exoritur, An ex pacto, cui pœnæ stipulatio subiecta est, simul & exceptio & pœnæ petitio concedatur, vt actor exceptione summotus & iudicio victus insuper etiam pœnam debeat. Ambigui caussa permagna est, videtúrque textus in l. rescripto, 10, §. 1, D. de pact. significare, inter Proculianos & Sabinianos ista de re concertationem fuisse. Proculiani iuris summi rationem vrgebant: commissam scilicet pœnæ stipulationẽ fuisse, & per litem motam obligationis conditionem extitisse l. nuda, 5. D. de cont. stipul. Sabinia-

ni contrà pro æquitate pugnabant, quemadmodum apertè Vlp.ostendit in d.l.rescripto, quasi æquius esset debitorem, cui creditor liberaliter debitum remiserat, illa donatione contentum esse, neque summo iure cum donatore agere. donatoris enim caussa fauorabilis est, & ei pinguius succurrendum est: ait l.& exheredatum, 49. D.de re iud. Vnde intelligitur, totius controuersiæ summam hanc fuisse, quòd Proculiani cõuentionem sic interpretabantur, quasi per coniunctionem creditor promisisset, Et hoc, & illud: Et non petam, &, si petam, centũ dabo. Sabiniani verò per disiunctionem, Aut hæc, aut illud. Aut non petam, aut si petam, centum soluam. Sabinianis astipulantur Mela, Paulus & Vlpianus l.si pater, 12.§. si mulier, D. de pact.dotal.l.rescripto, 10.§.1, D.de pact. itémq; Papinianus in l. si ita stipulatus, 115, §.vlt.de verb. oblig. Proculianis Imp. Arcad. sed tamẽ in ea caussa vbi periurium accessit. l.si quis maior, 41. C. de transact. vbi in pœnam periurij statuitur, vt petens contra pactum iuratum, primùm suo iure excidat, deinde pœnam compromissam exsoluat. In hac contentione Hermogenianus arbitrum se honorarium interponit. Censuit enim si clausula, Rato manẽte pacto, adhibita fuisset, Proculianorũ sententiæ locus esset: sin minus, Sabinianorum. l. pen. D.de transact. quod idem traditur in l. cum proponas, 17. C. de transact. Sequitur tertia species, cùm principali negotio & contractui, pœnæ stipulatio subiungitur. Ad quam intelligendam duabus Regulis pro fundamento & præmunitione vtẽdum est: quarum hæc prior est, Fraudatio pro-

desse fraudatori non debet.l.ait prætor,10, §.pen. cum simil.D.quæ in fraud.cred.altera huiusmodi, Neque quod in alicuius fauorem inductum est,in eius odium conuerti debet: neque vicissim quod in alicuius odium inductum est,id in eius fauorē conuerti.l.nulla, 25.D.de legib.& l.relegatorum, 7,in fi. D. de interd. & rel. Quare cùm in fraudatoris pœnam & odium instituta nouatio sit,videndum est, vt ijs tantùm casibus admittatur, qui ei prodesse non possint. veluti, cùm testator ita dixisset: Heres vxori penum dato:nisi dederit, centum dato: mora commissa nouatio fit, vt pœnam solam soluendo liberari heres possit: ex Q. Mutij auctoritate,quam Sabinus,Mela,Papinianus,Paulus,& Vlpianus sequuti sunt.l.1,§.4,D.ad l.Fal.l.1. D.de pen.leg.l.si penum,14,D.quand.di.leg.ced. l.ita stipulatus,115,§.Mutius,D.de ver.obl.Itaque huius rei exemplo qui ex aliquo contractu centū dare obligatus erit, & nisi dederit, ducenta, post moram ducenta debebit:neque centum soluendo liberabitur.Refragari tamen videtur l. prædia,28, & l.Lucius,47,D.de act.empt.l. duo societatem, 71,& l.siquis à socio,41,cum l.seq.D.pro soc.quarum legum auctoritate permoti complures statuerunt, per stipulationem pœnæ præcedentem contractum non nouari. Verùm intelligendum est, quod superius diximus, absurdum esse vt nouatio in fraudatoris odium inducta, in ipsius fauorem cōuertatur.quòd illis casibus omnibus accidisset,quibus id quod interest, pœnam exsuperabat. quare si maior pœna est, quàm quantum principalibus actionibus obtineri potest, fiet no-

uatio:ſin minus, electio actori dabitur: ne quod ipſius cauſſa inductũ eſt, in ipſius damnũ conuertatur. Atque hoc eodẽ modo reſponſum volumus ad l.4,§.Labeo ait,D.de dol.excep.Sed multo vehementius aduerſari creditur l. qui Romæ, 122, §. Flauius,D.de verb.obl.vbi Scæuola ſcribit,ob ſeruum manumittendi cauſſa donatum, agi & de libertate,& de pœna licere:quod ſi contrariũ Scæuola reſpondiſſet, indigniſsimus iuriſconſulti nomine fuiſſet. quid enim? liceretne fruſtratori ſoluenda pœna hominem libertate ſua fraudare?Duo ſunt igitur quæ cauſſam hanc ſpecialiter adiuuant: primum fauor libertatis:vt quanquam regulariter & res & pœna non debeantur, niſi nominatim id actum ſit:l.ita ſtipulatus,115,in fin. D.de verb.obl. tamen fauore libertatis ſingulare in hoc caſu ſtatuatur. l.generaliter, 24,§.ſiquis ſeruo, D. de fid. libert.deinde Adriani conſtitutio,quę nominatim id ſanxerat: quam conſtitutionem illo loco Scæuola reſpexit. Cùm tamen poſt Scæuolam aliud ius nouum ex Marci & Commodi conſtitutione inductum ſit: vt ſeruus manumittendi cauſſa donatus, aut venditus,ipſo iure liber ſit.l. vlt. D. de ſer.export.l.2,& l.3,C.ſi mancip.ita fuer.alien.Supereſt quarta ſpecies,cùm duæ ſtipulationes factæ ſunt,quarum prior eſt de dando, vel faciendo:altera de pœna. In quo caſu nihil eſt quod dubitari poſſit,propter l.obligationum,44,in fi.D.de obl. & act. vbi Paulus ait,priorem ſtipulationẽ de naui ædificanda transferri in poſteriorem pœnalem: & quaſi nouationem prioris fieri. Neque mihi aliquis dixerit,Paulum non abſolutè dixiſſe,Nouationem

tionē factam, sed quasi nouationem: & nouationē contingere tantùm, vbi vel persona debitoris, vel caussa obligationis mutatur: mutatione rei debitæ, (vt hoc casu pecuniæ pro Sticho) nouationem nō contingere. Nam & vox, QVASI, sæpenumero pro vtpote vsurpatur: & constat mutata obligationis forma nouationem fieri. veluti si puræ stipulationi conditionalis subiecta sit: vt hoc casu §. 1. De nouat. & l. 14, D. eod. denique Papin. apertè scribit in l. ita stipulatus, 115, in fin. D. de verb. oblig. nisi nominatim cautum sit, vt vtrunque debeatur, actum videri, vt sola pecunia, non præstita re, debeatur. Neque obstat l. 1. §. vlt. D. de stip. seru. vbi Iulianus ait, in hac formula, Decem Kalendis Titio dare spondes? Si non dederis, tunc Mæuio viginti dare spondes? duas esse stipulationes: sed Mæuio stipulatione commissa, Titium doli exceptione submoueri. nam illo casu variæ personæ in varias stipulationes deducuntur: & nō vni eidémque vtraque stipulatio conficitur: vis tamen nouationis nihilominus manet: vt, si minus re ipsa, vi tamen & effectu nouatio contingat.

An dominium sine possessione acquiri possit.

QVAESTIO XI.

DOMINIVM sine possessione acquiri posse, primus Iohannes disputauit: quem alij complures sequuti sunt, vt testatur Accursius in l. si fundum, 16, D. de fund. dot. vbi se ad illā partem aggregat. Exempla autē proferūtur hæc: si

emptor in fundum inductus sit, ac mox inde decesserit. Item, si quis equum vendiderit, quem alter possidebat, & cùm fortè aquatum duceretur, emptori frenum obiter contrectandum præbuit. Pro Iohanne profertur primùm textus, quem Azo in Summa scribit esse vnum è mirabilibus mundi, ex l. quisquis, 28, C. de donat. vbi rei donatæ vel venditę dominium transferrri dicitur sine traditione, solo eius vsufructu retinendo. Secũdum est ex d. l. si fundum: vbi mulier fundum quẽ alter bona fide possidebat, & propè iam vsucceperat, marito tamen dedisse in dotem dicitur. Ex quo confici videtur, fundi dotalis dominium mariti factum esse, quanuis eum alter possideat. Tertium est ex l. 1, C. de donat. quæ sub mod. vbi Imperatores scribunt, eum qui quid sub conditione donauit & tradidit, si conditio non impleatur, vindicare dominium eius rei posse. Quartum ex l. 4, C. de pact. int. empt. vbi qui lege commissoria, quid vendidit, pacto non seruato, eius rei dominium vindicat: ac proinde vtroque isto casu res sine traditione possessionis in veteris domini dominio esse incipit. Quintũ est ex l. si ager, 50. D. de rei vindic. & l. à Titio, 64, D. de furt. & l. legatum, 80, D. de leg. sec. vbi rei hereditariæ & legatę dominium ad heredem & legatarium ipso iure transferri dicitur: quãuis eius possessionem nactus non sit. Eodémque refertur, l. filiusf. 16, D. de testam. vbi furiosus qui acquirere possessionem non potest, rei tamen sibi legatæ dominium acquirere dicitur: item l. si partem, 19, §. 1. D, quẽ seru. amittat. vbi is cui ignoranti via legata est, non vtendo eã amittit: quippe, cuius

cuius dominium etiam non vtendo adeptus fuerat.& l.1, D. de bon.poss. vbi bonorum possessio admissa rerum dominium transfert. Quinetiam eódem pertinet l.facta,63,D.ad Trebell. vbi facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas: etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. Sextum est ex l.cùm vir,42,D.de vsurpat. vbi fundi dotalis à marito venditi dominium ita confirmatur,si mortua in matrimonio muliere,tota dos lucro mariti cessit:quasi eius fundi possessio penes vxórem,aut certè maritum remanserit.Septimum est ex l. 1, C.de donat. vbi rei venditæ dominium transferri dicitur per traditionem instrumenti,siue auctoritatis.quò eódem refertur l.1,§. pen.& l. quarundam,D.de acq.poss.& l.clauibus,74,D. de contr.empt.vbi idem statuitur de clauibus prope cellam au horreum traditis. Verùm his tot argumentis non obstantibus,statuẽdum arbitror, Dominium neque sine possessionis traditione transferri, neque sine eiusdem apprehensione acquiri posse. Nam, si pingui Minerua disputanda res est, caussa dominij efficiens est,animus vtriusque contrahentis congruens & consentiens:hoc est,volũtas transferentis & accipientis. materia autem res, de qua conuentio fit.forma porrò,traditio & prehensio vacuæ possessionis:finis, commodum & emolumentum rei,quę tum in bonis esse incipit.nã bona quasi à beando dicta sunt: ait l. bona, D. de verb.sign.Huius autem rei argumenta hæc habeo: Primùm in l.1,D.de acq. poss.vbi Paulus ait, Dominium rerum ex naturali possessione cœpisse: &

possessionem à sedibus dictam, quasi positionem. ex quo existimari potest, acquirendæ possessionis notam ac symbolũ fuisse, sedis alicuius, dicis caussa, positionem. Secundum argumentum est, quod Dari res, id est dominium eius transferri tum demum dicitur, cùm vacua, & non occupata, certa, ac non litigiosa, perpetua, ac non temporaria eius possessio traditur: id est, eius fruendæ ac possidendæ potestas datur. Nam de vacua & non occupata, textus est in l. si pater, 8, C. de act. empt. vbi venditor prædij, qui non induxit emptorem in vacuam possessionem, ius omne penes se retinuisse dicitur. & l. 2, D. eod. vbi vacua possessio tradi à venditore non videtur, siquis alter eam vel prætore auctore possideret. Facit l. Mæuius, 66, §. fundo, D, de legat. 2. De certa & non litigiosa, textus est in l. 3, D. de act. empt. vbi traditio possessionis (sic enim legendum esse ante annos xx docuimus) quæ à venditore fieri debet, talis est, vt siquis eam possessionem iure auocauerit, tradita possessio non intelligatur. & l. qui concubinam, 29, §. si heres. D. de legat. 3. vbi legatum ab herede dari non videtur, quod ita datur, vt id habere non liceat. De perpetua & non temporaria, textus est in l. non videtur, 22. D. de acq. possess. non videri possessionem adeptum, qui eam retinere non potest. & l. 4, §. tunc in potestate, D. de vsurp. vbi ea demum iusta possessio dicitur, quæ auelli non potest. & l. mulieris, 13, §. desinere, D. de verb. signifi. Aliud est igitur Rem tradi, aliud Rem dari. nam in illo factum & sola possessio continetur: l. si item tradi, 28. D. de verb. oblig. In hoc ius & proprietas atque posses-

sio.

ſio.l.non videntur,167,D.de reg.iur.l. vbi autem, 76.§.vlt.D.de verb.oblig.& l.3,§.1,D.de act. emp. vbi Pomponius ait, eum qui fundum dari ſtipulatur, vacuā quoque poſſeſſionem tradi ſtipulatum intelligi.Itémque l.4, D.de vſur. vbi etſi Papinianus aliqua in re à Pomponio diſſentiat, apertè tamen fatetur,verba hæc, REM DARI, vel factum tradendi, vel potius effectum dominij per traditionem trāsferendi continere.Itaque quanuis donari res dicatur etiam antequam tradatur: tamen tum demum eſſe donatio intelligitur, cùm traditio ſequuta eſt.l.vlt.§.Lucius,D. de donat.l. quoties,15,C.de rei vindic.l.qui ſaxum,6,D.de donat. l.ſi tradita,5,C.de his qui à non dom. l.1,l.4,l.5,l. 7.C.TH.de donat.l.1,C.Hermog.eod. quod tamē Iuſtinianus contra omnem iuris rationem abrogauit,in l.ſiquis argentum, §. ſin autem, C. de donat.Deinceps videndum eſt, quemadmodum ſuperioribus argumentis reſpondere poſſimus. Ergo quod ad primum attinet, intelligendum eſt, cùm antiqua lege Cincia de donationibus cautum fuiſſet,vt donatę res tum demum intelligerentur, cùm mancipatę eſſent,vel traditę:quemadmodum in libello De donationib. docuimus: inſtitutum eſſe,vt qui rei donatæ vel in dotem datæ vſumfructum retineret, vi ipſa proprietatem tradidiſſe videretur:quia qui dominus eſt, vſufructuarius eſſe non poteſt,cùm res ſua nemini ſeruiat. Cùm autē ius illud primùm abrogatū,deinde reſtitutum ab Honorio & Theodoſio fuiſſet,l.pen.& vlt.C. TH. de donat. facinoroſus Tribonianus ad illa legis verba: Quiſquis rem aliquam donando vel in do-

tem dando vsumfructum eius retinuerit: contra omnem iuris veteris rationem adiecit VEL VENDENDO. Ius ergo singulare est in d.l.quisquis, ex quo sumi argumentum non potest. vulg. l. quod contra, D.de reg.iur. Ad secundum argumentum respondeo similiter, facinorosum Tribonianum, quoties in Pandectis scriptum erat DOTI DICERE, ex Iustinianici iuris ratione reposuisse, In dotem dare.vt apertè in d.l.quia autem,23,D. de iur. dot.vel DOTI DESTINARE:vt l.dotis,7,in fi. D. eod.Certum est enim neque dotalem fundum intelligi,nisi cuius dominium marito quæsitum est. l.dotale,13,§. 2, D.de fun. dotal. neque quicquam in dotem datum intelligi, nisi quod statim sponsi efficitur.l.sed nisi,8,D.de iur.dot. quinetiam aliud esse in dotem dare, aliud tradere: in illo enim dominium,in hoc simplex factum contineri.l.si ego, 9,§.1,& §.vlt. D.eod. Quod igitur in l.si fundum, & l.si rem æstimatam,D.de iur.dot.scribitur, fundum in dotem datum,nec tamen traditum: vitiosè scriptum est, pro DOTI DICTVM. cùm antiquo iure data res in dotem nulla nisi per traditionem intelligeretur.Tertia autem obiectio leuissima est,partim quia regulariter vindicatur res à domino,qui eam non possidet:quanuis non videatur renuntiasse possessioni,qui rem vindicauit.l.naturaliter,12,D.de acq.poss.partim quia quod sub cõditione donatum est, si conditio non impleatur, non donatum intelligitur.l.vlt.C.de don.quę sub. mod.l.caussam, 20, in fi.D. de manum.Ad quartũ autem similiter respondendum est, non nouum dominium acquiri, sed vetus quod antè fuerat

pro-

propter legem commissoriam renouari. Ad quintum porrò responderi sic oportet, singulare esse ius ex lege XII tab. aut certè ex ipsius mente introductum: vt rei testamento relictæ dominium directo à testatore in heredem aut legatarium transeat: ex capite, Vti rei suæ legassit, ita ius esto. l. verbis, D. de verb. sign. & apud Vlpian. tit. regu. 19. Dominium igitur ex lege, possessio ex apprehensione acquiritur. l. cùm heredes, 23, D. de acq. poss. Quod autem antiquissimo iure in hereditatibus & legatis institutum fuerat, id postea mediæ iurisprudētiæ auctores ad bonorum possesiones, & fideicommissarias restitutiones & mortis caussa donationes produxerunt. Sextum autem sic facilè refellitur. Cùm esset iniusta fundi dotalis possessio emptori tradita: postea per euentum quo alienatio confirmata est, ipsa quoque confirmata fuit. vt l. pen. D. de fund. dotal. & l. 1, §. si vir, D. de acq. poss. Septimum autem vix responsione dignum est: cùm satis constet, instrumenti & clauium traditionem tanquam imaginariám ipsius rei traditionem intelligi: velut in vini venditione, degustationem. l. 1, & l. 4, D. de peric. & comm. & in rei grauis, veluti columnæ, venditione, demonstrationem. l. 1, §. pen. D. de acq. poss. quod eodem modo de signato dolio Trebatius tentauerat, sed Labeo non probauit. l. 1, §. 2, D. eod.

In dominio transferendo an præsentia & naturalis traditio requiratur.

QVAESTIO XII.

QVADRIPARTITA distinctio adhibenda est. nam & Traditio duplex fuit, vna solennis siue ciuilis, quæ Mancipatio dicebatur: altera Naturalis: auct. Vlp. tit. Regul. 19, & Rerum aliæ mobiles, aliæ immobiles sunt. Quantum ad mancipationem, si mobilis res erat, non dubium est quin quadruplex præsentia requireretur: auctoris, mancipis, mercis, & pretij: quemadmodum notum omnibus est ex verbis Caij Iurisconsulti apud Boet. in Top. vbi de seruo exemplum profertur, Qui mancipium, inquit, accipit, æs tenens ita dicit, Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio: ísque mihi emptus est hoc ære, æneáque libra. deinde ære percutit libram: ídque æs dat ei à quo mancipium accipit, quasi pretij loco. vnde illud Varronis de ling. 4. In veteribus mancipiis scriptum, Raudusculo libram ferito. Quod si fundus erat, qui tradendus esset, tum in rem præsentem veniri oportuisse arbitror: ac sedem dicis caussa ponendam, in qua emptor à venditore collocaretur. arg. l. 1, in princ. D. de acq. posses. quanquam in mancipatione facienda glebam agri eodem modo adhiberi solitam arbitror: vt in vindiciis, de quibus testatur Agell. lib. 20, cap. 9. Ac pari ratione Imp. Constantinus statuit, vt rei donatæ dominium in donatarium non transiret, nisi si mobilis esset, corporalis, eius traditio subsequeretur: si immobilis,

mobilis, abſceſſu donantis nouo domino patefieret: ſic enim loquitur in l. 1, C. TH. de donat. Ex quibus perſpicuum eſt, venditiones huiuſmodi nō niſi & præſentium rerum & præſenti pecunia fieri potuiſſe. De pecunia quidem, Iuſtinianus teſtatur, lege XII tab. ſancitum fuiſſe, ne rerum venditarum dominium niſi pretio ſoluto & adnumerato transferretur. §. venditę, 31, De rer. diu. Quantum autem ad Traditionem quæ iuriſgentium erat, & dominium non iuris Quiritium transferebat, ſed in bonis rem efficiebat, vt eodem loco Vlp. ſcribit, ſic habendum eſt: ſiue res mobilis erat, ſiue immobilis, ſemper præſentia & rei & pretij opus erat: ſed ea vel vera, vel ficta. Vera præſentia eſt, quæ contrahentium oculis ita ſubiecta eſt, vt corporalis traditio fiat: id eſt, vt ait Theophilus, vt res de manu tradentis in manum accipientis transferatur. §. per traditionem, De rer. diu. quanquam tradentis aut accipientis perſonam negotiorum adminiſtratores ſuſtineant. l. qua ratione, 9, §. 4, D. de acq. rer. dom. & l. 1, §. pen. D. de acq. poſſ. Itaque cùm columnæ venderentur, quæ propter magnitudinem ponderis ſine magno molimento moueri non poterant, Vlp. ſcribit, in rem præſentem ventum eſſe: & eas oculis vtriuſque contrahentis ſubiectas fuiſſe. d. l. 1, §. pen. Sic abſenti res mobilis donari poſſe dicitur, ſi ea per nuntium mittatur, eámque donatarius recipiat: quia nuntius donatoris perſonam ſuſtinet. l. abſenti, 10, D. de donat. Ficta autem rei præſentia dicitur, cùm traditio vel cogitatione, vel nota & ſymbolo repræſentatur. Cogitatione, cùm iam antea aliam ob cauſam facta, nunc ad inſtans

negotium accommodatur ac refertur: veluti, sicui rem commodaram, locaram, deposueram; oppigneraram, ei rem eandem vendam, aut donem. l. qua ratione, 9, §. interdum, D. de acq. rer. dom. l. 3, §. illud, 4, D. de acq. poss. l. siue autem, 9, §. 1, D. de public. l. si rem, 62, de euict. & l. si seruus, 21, §. 1, D. de acq. rer. dom. quod eodem modo de rebus donatis traditur, si quod quis iam apud se habet, sibi habere iubeatur. l. absenti, 10, D. de donat. l. quædam, 77, D. de rei vindic. nam caussa possessionis donatorum voluntate mutatur. l. nec ambigi, 6, C. de donat. l. velles, 6, C. de reuoc. don. Nota verò repræsentatur traditio, veluti, cùm claues apud horreum aut cellam tradũtur. nam etsi neq; merces, neque frumẽtum, neque vinum oculis & sensibus subiiciantur, tamen clauium traditio, imago quædam rei traditionis videtur: dummodo (vt dixi) apud ipsum horreum fiat. l. qua ratione, 9, §. itẽ si quis, D. de acq. rer. dom. l. clauibus, 74, de contra. empt. Similiter instrumenti traditio, id est eius scripti quo dominij auctoritas testata est, traditionis rei nota est. l. 1, C. de donat. Itémque vini degustatio pro totius dolij traditione valet. l. 1, & l. 4, D. de peric. & comm. item trabium & tignorũ obsignatio. l. quod si, 14, D. eod. Et huc pertinet, quod de rerum incorporalium quasi traditionibus dici solet, vt quia veram traditionem non recipiunt, l. seruus, 43, §. 1, D. de acq. rer. dom. vtendi concessio pro traditione valeat. l. 1. D. de vsufru. l. vlt. D. de seruit. Nihil autem huc pertinent l. eius qui, 46. & l. seq. D. de rei vind. vbi rei iudicio petitæ dominium, de qua in litem iuratum est, ita demum

mum dicitur in reum ſtatim tranſire, ſi res pręſens ſit: quod ſi abſęns ſit, tum demum cùm eius poſſeſſionem reus ex actoris voluntate adeptus erit. Primùm quoniam etſi de eo ibi agatur, qui dolo poſſidere deſierat (cuiuş hæc pœna eſt, vt quanti in litem iuratum eſt, damnetur. l. qui reſtituere, 68, D. de ill. tit.) tamen præſens res eo loco apertiſsimè dicitur, quæ in defenſoris poteſtate tum erat: abſens, quæ non erat. Deinde res illa ſiue in poteſtate rei erat, ſiue non, certum eſt eam ab oculis litigatorum & tranſigentium remotam fuiſſe. Neque tamen iccirco ſuperiori diſputationi hoc aduerſatur: quia ſi res in poteſtate aduerſarij erat, iam antè dictum eſt, Repræſentationem eſſe: ſi non erat, Paulus diſertè ſubiungit, caueri ab actore ſe poſſeſſionem traditurum. Nunc conſequens eſt, vt de pecuniæ pręſentia diſſeramus. quod enim Iuſtinianus ita ſcribit: Etſi lege XII tab. cauetur, vt venditæ rei dominium niſi ſoluto pretio non tranſeat, tamen rectè dici & iuregentium id effici: ſic interpretor, quanuis lex XII tab. de mancipatione & dominio, quod iure Quiritium transfertur, ſcripta ſit, idem tamen locum habere etiam in alienatione dominij, quod rem in bonis iuregentium efficit: cuius iuris peruulgata emptio & venditio eſt. l. 1, D. de contr. empt. Quod igitur Plato de legib. XI ſtatuerat, ne aliter emptio venditióque contraheretur, quàm ſi præſens hinc merces, illinc pecunia traderetur, & diſertè ſancit δέχεσθαι ἐν τῷ παραχρῆμα τιμήν: neque fide de pretio habita contrahi emptionem poſſe: id non modò in XII tab. tranſlatum fuit, verùmetiam ad peruulgatas emptiones

& venditiones à Iurisconsultis traductum est. Neque enim iis assentior, qui iure ciuili populi R. lõgè aliter se rem habere tradiderunt. De venditione verò naturali, iampridem eiusdem Varronis testimonium ex lib. de Re rust. 2, in XII tab. comment. protulimus: Grex, inquit, dominum nõ mutauit, nisi sit æs adnumeratum. Sic pignora ex causa iudicati præsenti pecunia vendi oportet, non sic, vt post tempus pecunia soluatur. l. à diuo Pio, 15, §. sed si emptor, D. de re iud. Itémque res fisci, l. 5, D. de iu. fisc. Quid igitur est, dicet aliquis, quod tot locis scribitur, quanuis pretium solutum non sit, tamen si fideiussor datus, pignus traditum fuerit, dominium transferri, atque adeò etiamsi sine vlla satisfactione fides emptori habita sit. l. quod vendendi, 19, D. de contr. empt. l. procuratoris, 5, §. sed si dedi, D. de tribut. act. §. venditæ, 31, de rer. diu. l. ex empto, 11, D. de act. empt. Sed intelligendum est, Iurisconsultorum ingeniis introductam fuisse præsentiam fictam: quasi venditor non modò presens numeratum pretium accepisset, verùm etiam iam acceptum emptori credidisset. vt iam certi condictione petatur, quasi in creditum venditor abierit: vt illa verba demonstrãt, FIDEM HABVERIMVS EMPTORI. FIDEM EMPTORIS SEQVVTVS. Nam quoties alienam fidem sequimur, creditum est: & de rebus creditis actio competit. l. 1, & pass. D. de reb. cred.

An-

An liberi in conditione positi intelligantur ad hereditatem vocati.

QVAESTIO XII.

OBscvra quæſtio eſt, quæ vulgò in ſcholis ſic effertur, An liberi in conditione poſiti, ſint poſiti in diſpoſitione. veluti, Teſtator ita ſcripſit: Titius mihi heres eſto. ſi ſine liberis moriatur, rogo eum vt meam hereditatem Sempronio reſtituat. Titius ſuperſtites liberos reliquit. Triplex quæſtio naſcitur, quarum hæc prima eſt: An Sempronius, ſub conditione precario ſubſtitutus, propter defectum conditionis à ſubſtitutione excludatur? Secunda, Si Sempronius excluſus eſt, an pater liberis in conditione poſitis fideicommiſſum debeat? Tertia, Si liberis fideicommiſſum debeatur, vtrum ex cauſſa teſtati, an inteſtati debeatur? Quantum ad primam, video & Vlpianum & Martianum dilucide affirmare, ſubſtitutum propter defectum conditionis excludi. l. ex facto, 17. §. ex facto, D. ad Trebel. l. filiusfa. 114. §. cū erit, D. de legat. 1. quod etiam ſubſtitutionis reciprocata formula perſpicuè oſtendit. Nam illius formulæ, Si ſine liberis moriatur, hereditatem reſtituat, neceſſaria hæc eſt ἀντιστροφή, Si non ſine liberis moriatur, ne reſtituat. l. inter ſocerum, 26. §. 1, D. de pact. dotal. l. quibus diebus, 40. §. 2, D. de cond. & demonſtr. l. ſiquis ita, 83. l. iam dubitari, 86. D. de hered. inſtit. Quātum ad ſecundam, perſpicuum eſt, nullam expreſſam teſtatoris voluntatem apparere de fideicommiſſo liberis heredis

præstandc. Quanuis enim in fideicommissis nuda testatoris voluntas dominetur, l.cùm virum, 16, C. de fideic. tamen eam aliquibus verbis vel declarari, vel certè significari oportet; si minus directis & ciuilibus, ac certè precariis, inflexis, denique quibuslibet. l.fideicommissa, 11, D.de legat.3. l.vbi, 19, §.1, D. ad Trebell. & quanuis nutu relinqui posse fideicommissum dicatur: l.& in epistola, 22, C. de fideic. prius tamen alterius verbis rogari testatorem oportet, quibus illo nutu ac significatione voluntatis respondeat. imo is demum nutu relinquere fideicommissum potest, qui & loqui potest. l. nutu, 21, D.de legat.3. at in formula, qua testatorē vsum fecimus, nihil de fideicommisso liberis illis præstando expressum reperietur. quinimo si de directis testamentorum formulis ageretur, figura illa verborum, Nisi rationes reddideris, liber ne esto, magis adimere, quā dare intelligitur. l.Titia, 59.§.vlt.D.de manumiss.test.& omnino vbi de directis formulis agitur, neque institutio neque substitutio vlla in illa verborum figura intelligi potest. nam per illam formulam, Si filius meus viuo me moriatur, filius institutus non censetur. l. Gallus, §. in omnibus, D. de lib.& post.l.si quis eum, 16, §.vlt.D.de vulg.substit. non magis quàm frater aut alius agnatus per illam formulam, Si meā hereditatem vindicare nolit. l.si quis ita, 82.D.de hered.instit. Verùm hæc non rectè ad nostram quæstionem accommodantur: quoniam in fideicommissis multa tacitè ex præscripta testatorum voluntate admittuntur, quæ in directis substitutionibus non valent. l.cum proponebatur, 64, D.de legat.

gat.

gat.2.Quare non obſtat l.Lucius, 85.D.de hered. inſtit.vbi cùm teſtator ita ſcripſiſſet, Titius frater meus heres eſto: ſi Titius prius quàm hereditatem meam adeat,ſine liberis deceſſerit, ille heres eſto:Scæuola reſpondet, conſilium teſtatoris hoc fuiſſe, vt non modò fratrem, verùm etiam ipſius liberos ſubſtituto præferret.Nō enim iccirco Scęuola concedit, fratris liberos heredes ſubſtitutos eſſe: alioqui duos ſubſtitutionum gradus teſtator feciſſet: à quo vnicum duntaxat gradum factum, manifeſtò cōſtat. ſed hoc ſignificat,fratris liberos ab inteſtato ſui patrui hereditatem vindicaturos: vt in l.ſi quis ita,82. D. eod. denique vbi de directis teſtatorum diſpoſitionibus agitur, nihil tacitum, nihil niſi ex formula expreſſum admittitur. Sed non iccirco induci argumentum ad quæſtionem noſtram poterit:quoniam, vt iam antè dictũ eſt, diſſimillima ſunt iura directæ & precariæ ſubſtitutionis:cùm in illa nihil, niſi nominatim expreſſum admittatur: in hac præſumpta teſtatoris voluntas admittatur.Itaque, vt iam ad tertiã quæſtionem accedamus, neceſſariam eſſe diſtinctionem arbitror, vtrum teſtator ſuos liberos, aut extraneos heredes fecerit.nam priore caſu, non dubitarem nepotes ex præſumpta volũtate aui tacitè ſubſtitutos intelligi: propter auctoritatem Papiniani,quæ etſi iure antiquo non valuit, tamen ab Imperatore confirmata nouum hoc ius induxit. Nam Papin.in l.cum auus,102,D.de condit.& demonſtr.ſtatuit,vt etiamſi auus in fideicommiſſaria ſubſtitutione conditionem illam non expreſſerit, ſed ſimpliciter ita ſcripſerit, Filius meus heres

F

esto: Rogo te, fili, vt meam hereditatem Titio restituas: tamen propter pietatis coniecturam tacitè videri conditionem illam inesse, & pro expressa haberi. quasi nepotes suos etiam non nominatos per fideicommissum substituto prætulerit. Quam Papiniani sententiam laudat, vt dixi, & confirmat Imperator in l. cùm acutissimi, 30. C. de fideic. & rursus in l. 6, C. de instit. & substit. quibus omnibus in locis attentè obseruandum est, ius illud duntaxat de liberorum persona constitui. Quòd si conditione illa tacita nepotes tamen vocati ad fideicommissum intelliguntur, quāto magis vbi expressa est? cum (vt dici vulgo solet) expressio eorum quæ tacitè insunt, inanis esse non debeat, sed aliquid eò amplius valeat atque operetur. l. si ita legatum, 65. §. 1, D. de legat. 1. l. inter socerum, 26. §. cùm inter, D. de pact. dotal. Quò etiam illud argumentum pertinet, quòd in patris voluntate æstimanda maior pietatis, quàm verborum ratio habetur. adeo, vt quāuis verba fideicommissi cessent, tamen ex coniectura patris animus & voluntas paterna æstimentur. l. vnum ex familia, 67. §. vlt. D. de legat. 2. l. Titius, 25. §. 1, D. de lib. & postum. l. tale pactum, 40. §. vlt. D. de pact. denique valere cōiecturam de propensa voluntate parentum erga liberos, patet ex l. vlt. C. commun. vtr. iudic. itémque ex l. 3, C. de inoff. querel. l. nam etsi, 15. D. eod. l. de emancipatis, 13. §. cum enim, C. de legit. hered. Nihil autem huc pertinet quod superius protulimus ex l. 114, §. cum erit, D. de legat. 1. & l. 17. §. 3, D. ad Trebell. quia valent quidem illæ Iurisconsultorum sententiæ ad Sempronium excludēdum,

sed

ſed non ad heredis inſtituti liberos admittendos. neque in illis vlla hujus rei mentio interponitur: quanuis in d.§.3,propoſita quęſtio ſit de filio à matre inſtituto. ſin autem extraneus ſit inſtitutus, tùm quia non eſt Iuriſconſultorum, omiſſos in legibus caſus ſupplere: l. commodiſſimè, 10, D. de lib.& poſtum.ſanè quod & Papin.& Imp. tam diſertè ac præciſè de liberorum perſona conſtituerunt,audacius videretur, etiam in extraneos producere.cùm ſatis conſtet, legum præſcripta intra ſuos terminos & circunſtantias coercenda eſſe. l. quod dictum eſt,32.D.de pact. l. proſpexit, 12, D. qui & à quib.manum.

Inter duorum fratrum liberos, vtrum patrui hereditas in ſtirpes, an in capita diuidenda ſit.

QVAESTIO XIIII.

CAVSSAE conſtitutio hæc eſt:Si tres fratres fuerint,Primus,Secundus,Tertius,quorum Primus vno filio relicto deceſſerit: Secundus,duob.vtrum hereditas Tertij(quæ CCC. puta aureorum eſt) in duas tantùm partes diuidenda ſit, vt Primi filius, CL:reliqui duo ſimul tãtundem auferant:an verò in tres, vt ſinguli centenos obtineant.Diuiſæ Doctorum ſententiæ fuerunt, cùm alij in capita & viriles portiones partiendã hereditatẽ cõtenderẽt, alij in ſtirpes.Horũ autẽ argumẽta ferè hæc reperio.Primum eſt ex Nou.118. (ſiue Auth.ceſſante,& ſeqq.C.de legit. her.) vbi Iuſti-

nianus ſtatuit,vt fratris liberi, patruum defuncti, cuius de hereditate agitur,excludant: quanuis pari omnes,hoc eſt,tertio gradu diſtent. Ex quo intelligitur, Succeſſionem ſiue Repræſentationem illis concedi: hoc eſt,quanuis tertio gradu ſint, tamen vt patrem ſuum repræſentent, fingi in ipſius locum aſcendere, ac ſecundum gradum obtinere. Succeſsio autem ius diuiſionis in ſtirpes peperit.§. cùm filius, 6, de her. quæ ab inteſt. quare cùm in fratrum liberis repræſentatio ſit, conſentaneum videtur,diuiſionem in ſtirpes iis concedendam eſſe.Secundum argumentum eſt ex eadem Nouella, vbi conſtitutum eſt,vt ſucceſſio in capita poſt fratres demum,& fratrum liberos admittatur.Ex quo effici diſputant,quandiu vel fratres,vel fratrum liberi extabunt,non in capita,ſed in ſtirpes ſuccedi. Tertium eſt (vt noui diſputatoris verbis vtamur) quòd cùm idem Imperator conſtituerit filios fratris,& non vlteriores in parentis locum ſuccedere,neceſſariò etiam illud conſtituiſſe videtur,vt in ſtirpes hereditatem diuiderent: cùm effectus repræſentationis hic ſit, vt diuiſionem in ſtirpes inducat.Itaque d.Nou.§.reliquum, ſcriptum ita eſt: Et quotcunque tandem fuerint, tam magnam ex hereditate portionem capiant, quantam perceptu rus fuiſſet pater eorum,ſi ſuperuixiſſet. Quinetiam ſcriptor d.Auth.ceſſante,Vocantur,inquit, primò fratres,fratrúmque filij in ſtirpes. Quartum,Bartholi inuentum eſt,quòd ſi fratrum iſtorum liberi in capita ſuccederent, ea conſequeretur abſurditas, vt eiuſdem hominis hereditas modò in ſtirpes, modò in capita diuideretur. nam ſi quatuor

essent fratres, primus vno relicto filio, alter duobus, tertius sine liberis decessisset, iure illius eiusdem Nouellæ hereditas tertij in tres tantùm partes, ac proinde (vt Bartholus loquitur) in stirpes diuideretur. quòd si mutato casu dicamus, quartum fratrē vno pluribúsque liberis relictis decessisse, & tum hereditatem tertij in capita diuidendam esse: eiusdem hereditas primo casu in stirpes: altero verò in capita diuideretur. Hæc cùm ita sint, contrariam tamen sententiam probabiliorem esse arbitror. Primùm quia constat iuris antiqui rationem, per mille amplius annos, vsque ad d. Nou. 118. hanc fuisse, vt in hac quæstione hereditas non in stirpes, sed in capita diuideretur. nam cùm diuisio in stirpes, non, nisi vbi successio est, locum habeat, relinquitur, cùm lex XII tab. nullam in agnatis successionem instituerit, hereditatem inter eos diuidi in stirpes non posse. Itaque siue frater, & fratris mortui filius extarent, ad tertij fratris hereditatem solus frater superstes illo iure antiquo admittebatur. l. 3, C. de legit. hered. l. 3, §. si duo, in fin. D. de legit. tut. siue tres fratres essent, vnus ex his filium, alter duos reliquisset, hereditas tertij in tres partes, id est in capita, inter istos patrueles diuidebatur. l. 2, §. 1, D. de su. & leg. l. 1, §. vlt. D. si pars her. pet. Itē apud Vlp. tit. Regul. 25, §. agnatorum: & apud Iustinian. §. si plures, de leg. agn. tut. vbi hoc idem Theophilus in eandem sentētiam interpretatur. Fratrum autem defunctorum liberos, non in parentum suorum locum succesisse, vel hinc perspici potest: primùm quòd si patruum aliquem superstitem hāberent, excludebantur: vt modò di-

ctum est ex d.l.3, C.de leg.her. deinde quia frater, quanuis fratri per patrem sit agnatus, ac proinde ad fratris hereditatem per intermediã patris personam quodammodo peruenire videatur, suo tamen & proprio suæ personæ iure, non quia patris in locum successit, hereditatem obtinet. pater enim iure antiquo liberis, nisi cõtracta fiducia, non succedebat. §. vlt. de leg. agn. tut. Quæ cùm ita se habeant, necesse est, eos qui contrariam sententiam tuentur, fateri se nisi nouo Iustiniani iure adiuuari non posse. hoc est, d. Nou. 118. vbi quia ius repręsentationis in fratrum liberis permissum est, iccirco disputant, etiam ius diuisionis in stirpes admissum esse. Sed videamus ne longè alia Iustinianici iuris ratio fuerit: primùm quia tum demum diuisioni in stirpes locus est, cùm ad eos hereditas defertur, qui è defuncti stirpe, id est sobole ac progenie sunt. veluti cũ aui hereditas ad eius nepotes aut pronepotes defertur. §. cũ filius, 6, de her. quæ ab int. Itaque, In stirpes & Ex stirpibus succedere, idẽ sunt. l. 2, C. de suis & leg. Quare cùm fratris filij ex patrui stirpe ac progenie non sint, absurdũ est hereditatem eius dici posse in stirpes diuidi. neque in tota illa Nou. 118. aut Nou. 127. vsquam reperietur, Iustinianum illa loquutionis absurditate abusum esse: & siquis vel Irnerius, vel Irnerij similis, in concipiendo Auth. cessante, absurditate illa est vsus, imperitè illum & inconcinnè (vt sæpe aliàs) loquutum esse contendo. Secundum argumẽtum est, quia ius nouum à Iustin. contra vetustissimi & perpetui iuris rationem certis in personis introductum, earum personarũ finibus coercendum ac

 restrin-

reſtringendum eſt. quod non modò fieri diſertè iubet, verùm etiam nominatim Priuilegium appellat: hoc eſt, perſonale beneficium, quod perſonas, quarum proprium eſt, non egreditur. l. 1, D. de cõſtit. Princ. Τὸ δὲ τοιοῦτον προνόμιον (inquit) ἐν ταύτῃ τῇ τάξει τῆς συγγενείας μόνοις παρέχομεν τοῖς τῶν ἀδελφῶν ἀῤῥένων ἢ θηλειῶν υἱοῖς, ἢ θυγατράσιν, ἵνα εἰς τὰ τῶν ἰδίων γονέων δίκαια ὑπεισελθῶσιν· οὐδενὶ δὲ ἄλλῳ παντελῶς προσώπῳ ἐκ ταύτης τῆς τάξεως ἐρχομένῳ τοῦτο τὸ δίκαιον συγχωροῦμεν. id eſt, Huiuſmodi autem priuilegium in hoc cognationis ordine ſolis concedimus fratrum aut ſororum filiis, aut filiab. vt in parentum ſuorum iura ſuccedant: nulli autem omnino alij perſonæ per hunc ordinem venienti ius iſtud concedimus. Et paulo pòſt: Ὁπότε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προνόμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον, μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ, μετὰ τῶν ἐκ πρώτου καὶ δευτέρου βαθμοῦ, πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται. id eſt, Cùm igitur fratris & ſororis liberis iſtiuſmodi priuilegiũ dederimus, vt in parẽtum locum ſubeuntes, ſoli quanuis tertio gradu ſint, tamen cum iis qui primo ac ſecundo gradu ſunt, ad hereditatem vocentur. Primum autem gradum dixit pro, Proximum, & quem nullus eo caſu antecedit. Cùm igitur perſpicuum ſit, Iuſtinianum non, ſimpliciter, omnino, & indefinitè fratrũ filiis beneficium illud conceſſiſſe, vt in ſucceſſione patres ſuos repræſentẽt, & vnà cũ patruis in ſtirpes ſuccedant, ſed præciſè, reſtrictè, ac definitè, tum demum, cùm defuncti frater extat, qui cum iis concurrat; cauendum eſt ne fines nobis ab illo circunſcriptos

migremus. Cōſtat enim nouas cōſtitutiones ſtrictè accipiendas eſſe,ne ſuos terminos excedāt: atque vbi de veteris iuris abrogatione non conſtat, ei ſtandum eſſe.vulg.l.præcipimus,C.de appell. vt multo conſultius eſſe videatur,veteris iuris certam & exploratam auctoritatem ſequi, quàm audaces coniecturas & interpretationes contra legiſlatoris verba & mentem comminiſci. Tertium enim argumentum,quod Iuſtiniani mentem aperiet, eſt eiuſmodi, quòd quæ ratio illum mouit, vt quam minimum ei adimeret, qui totum habiturus iure antiquo fuerat, nimirum fratri ſuperſtiti: ea ratio locum in iſtis patruelibus non habet,quibus idem illud ius antiquum hereditatem ſimiliter in capita diſtribuebat. Quartum eſt, quia quæ benignitatis ratio eundem ad iſtud ius nouum inſtituendum adduxit: nimirum vt pars hereditatis aliqua miſeris propinquis concederetur, qui antea nullam habebant: ea ratio locum in hac ſpecie non habet. nam antiquo, immutabili, ac perpetuò iure proſpectum illis fuerat,aditúſque ad patrui hereditatem æquè vt aliis patebat.Quemadmodum autem vbi eadem ratio eſt,ibi ius idem ſtatuendum eſt, l. vlt.C.ad leg.Falc.ita vbi legis ratio locum non habet,eò lex producenda non eſt.l.ex facto,43,D.de vul.& pup.l.in omni,13,D.de adopt.Quintum eſt, quòd cùm Imp.toties in illa Nouella profiteatur, ſe ius hereditatum velle ad naturalis æquitatis rationem reuocare: contrà hoc loco facere videretur,& ſubtilitatem potius ac fictionē ſequi, quàm naturam imitari:quę perſpicuè ſuadet,vt hereditas inter eos qui pari gradu diſcrepant, pariter æquabilitér-

biliterque distribuatur.l.2,§. hereditas, D. de suis & legit. Sextum est, quòd veteris istius iuris ratione nulla posterius defuncti fratris liberis iniuria infertur: propterea quòd æquè accidere potest, vt plures liberos relinquat, ac prius defunctus. vbi autem fortuiti casus par in vtrâque partem ratio est, neuter lædi videtur.l. si pater, 12, C. de inoff. test. Eámque sententiam video Harmenopulo probatam esse, lib.5, tit.8.& in German.comit.& Gallic. parlamentis approbatã. Tribus autem superiorbus argumentis facillimum est vna responsione satisfacere. nam cùm ex vna illa Nouella ducta sint, respondendum est, non si Iustinianus certis in casibus & personis agnatorum repræsentationem permisit, iccirco in omnib.permisisse. quinimo ex contrario argumentari licebit, quoniam certis tãtùm ac definitis in personis id permisit, in cæteris omnib. veteris iuris prohibitionem reliquisse.arg. l.cùm prętor, 10, D.de iud.l.ex eo, 18, D.de test.idque ipse apertè ac dilucidè iis quæ superius protulimus locis testatus est. Quãtum igitur ad primum argumentum, fratris quidem filium patruo ad alterius patrui hereditatem prætulit, quanuis pari gradu sit: quoniam procliuius atque facilius illi visum est, hereditatem descendere, quàm ascendere. Quantum ad secundum, similiter specialis lex fuit, vt post fratris liberos in capita succederetur: non vsquequaque & indefinitè, sed tum demum cùm vna cum patruis concurrerent. Quantum ad tertium, diximus hoc priuilegium, personaléque beneficium esse, ac nominatim ad eum vnum casum pertinere, quo frater defuncti qui secundo gradu

eſt, cum alterius defuncti fratris liberis, qui tertio gradu ſunt, contendit. noſtram autem quæſtionem ad eum caſum pertinere, quo patrueles inter ſe contendunt: qui omnes pari gradu ſunt, totidémque gradibus à defuncto diſiũcti ſunt. Quare cùm Iuſtinianus certis tantum in perſonis à iure communi receſſerit, quibus in caſibus non receſſit, ius commune retinendum eſſe. l. quod contra, 141, D. de reg. iur. l. ſi ita ſcriptum, 16, D. de manum. teſt. Quantum autem ad quartum, primùm iam antè dictum eſt, Agnatorum hereditates nunquam in ſtirpes diuidi: deinde ſi maximè diuiderentur, tamen negandum eſt abſurdum eſſe, vnius eiuſdémque hominis hereditatẽ variè pro caſuum & perſonarum varietate diuidi: hoc eſt modò in ſtirpes, modò in capita. Nam etiam antiquo & perpetuo iure cuius hominis hereditas, ſi ex duob. filiis nepotes ſuccedebant, in ſtirpes diuidebatur: eiuſdem hereditas, ſi fratrum filij, & (vt vulgus loquitur) ex fratrib. nepotes ſuccedebant, in capita diuidebatur. l. 1, D. de ſuis & legi. l. Papin. 8, ſ. quoniã, D. de inoff. teſt. Sed bene habet. Cùm hæc ſuperiorib. annis ſcripſiſſemus, ac ſæpe diſputaſſemus, ecce nobis Fragmenta ex lib. Inſtit. Caij, ſingulari P. Pithœi eruditiſsimi viri beneficio in lucem prodierunt: in quib. tit. 16. caput hoc extat, quo diſputatio illa noſtra planiſsimè confirmatur. Quòd ſi defuncti nullus frater extet, ſed ſint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet. ſed quæſitum eſt, ſi diſpari numero ſint, fortè nati ex vno, vnus vel duo, & ex altero, tres aut quatuor, vtrum in ſtirpes diuidenda ſit hereditas, ſicut inter ſuos heredes

iuris

iuris eſt,an potius in capita. Iādudum autem placuit, in capita diuidendam hereditatem. Itaque quotquot erunt ab vtraque parte perſonæ, in tot portiones fuerunt.vbi fortaſſe legendum eſt, Tot portiones erunt.Quinetiam paulo pòſt caput hoc ex Paulo Iuriſconſ. ſubiungitur, Si duorum fratrum ſint liberi,non in ſtirpes, ſed in capita hereditas diſtribuitur: ſcilicet vt pro numero ſingulorum virium diſtribuatur hereditas. vbi non dubito, quin reſtituendum ſit MARIVM, vt fœminas excludat: quemadmodum capite inſequenti oſtenditur.

An alterius generis numos, quàm cuius crediti ſunt, vel exigere, vel ſoluere liceat.

QVAESTIO XV.

AD huius quæſtionis explicationē primùm illa regula pro præmunitione adhibenda eſt, Regulariter neque creditorē aliud pro alio accipere, neque debitorem ſoluere compelli l.2,§.1,D.ſi cert.pet.l.eum à quo,16,& l. ſeq. C. de ſolut.l.ſed addes,19, §.ſi dominus, D. locat. Tum illa, In obligatione numorum neque qualitatis, neque numeri, ſed ſolius poteſtatis rationem duci. Qualitas autem primùm in materia, deinde in forma publica conſiſtit. Poteſtatem autem appellamus,pretium,ſiue,vt dici vulgo ſolet,valorem ei iure publico attributum:ſicuti cùm aureæ, vel argenteæ,vel æreæ, vel etiam ferreæ,atque adeò coriaceæ laminæ certa poteſtas publica auctoritate

attribuitur. Quanquam Quantitatis nomine plerunque Iurisconsulti vtũtur, velut in l.si is cui, 94. D.de solut.l.quæ extrinsecus, 65.D.de verb.oblig. l.1, D.de contr.empt. Atque vt paulo copiosius de re ad cognoscendum præclara disseramus, intelligendum est Numos, non ex materia, sed ex hominum instituto, & publica lege æstimari: ac propterea non modò ex auro & argento, verumetiam ex plumbo, atque adeò ex corio cudi interdum solere. Cæsar lib. 5. Vtuntur autem ære, aut laminis ferreis ad certũ pondus examinatis pro numo. Sic enim locum illum emendauimus. Seneca lib. de benef. 5, c.14, Aes alienum (inquit) habere dicitur, & qui aureos debet, & qui corium forma publica percussum: quale apud Lacedæmonios fuit: quod vsum numeratæ pecuniæ præstat. In quam sententiã extat historia Pandolphi Collenucij & Antonini Florentini Chron.an.1240. Nam cùm Imp. Fridericus II, propter exhaustam diuturnitate Italici belli pecuniã, coriaceam monetã cudi iussit, pretium ei, siue, vt vulgò loquimur, valorẽ aurei Augustalis imposuit: statuitq; vt eo pretio ab omnibus in emendo vendendóq; sumeretur: simúlque per præconẽ edici imperauit, bello finito qui hãc monetam ad Cameram Imperialem referret, aureum Augustalem recepturum. quod cùm ab ipso bona fide præstitum fuisset, documentum, inquit Pandolphus, apertissimum præbuit, valorẽ & pretium monetæ, non materia, sed hominum instituto & conuentione æstimari. quod idem in Addit. ad Chron. Abb. Vrsperg. relatũ est. & apud Naucler, Generat. 42. Quinetiam Helmodus Chron.

cap.

cap.395, Apud Ranos, inquit, non habetur moneta, nec eſt in comparandis rebus conſuetudo numorũ: ſed quicquid in foro mercari volueris, panno lineo comparabis. Perſpicuũ eſt igitur, Numi eandem quã Chirographi rationem eſſe. nõ enim chirographum ex materia, id eſt, tabulis, cera, mẽbranáve, ſed ex iure & poteſtate æſtimatur: vt cùm pignori chirographum traditur in l.ſi conuenerit, 18, De pign.act. aut cùm debitori redditur: l.2, D. de pact. aut mortis cauſſa donatur. l.mortis cauſſa, 18, §. Titia, de mort. cauſſ. don. aut cùm debitori legatur: l.3, §.1, De lib. leg. l. qui chirographum, 19, De legat.3. l.ſeruum, 44, §. eum qui, de legat.1. Atque ob eam cauſſam argutiſsimè diſputatum eſt à Iuriſconſultis, in pecunia non corpus, ſed poteſtatem ſpectari: quinetiam numos non inter res corporales, ſed inter incorporales numerari. l.quiſquis, 95, de leg.3. l.planè, 34, §. 2, D. de leg.1, l.ſi is, cui, 94, D.de ſolu. l.Lucius, 24, D.depoſ. l.ſed & ſi, 10, D. de acceptil. l.ſi pœnæ, 19, §. ſi falſo, l.qui heredis, 46, D.de cond.indeb. l.vlt. D. de adimend. leg. l.5, de impenſ. l. ſi heres, 68, ad Treb. quemadmodum in teſſera frumentaria dicimus, non corpus, ſed quantitatem ſpectari. l. Titia, 87, de leg.2. Non enim ob corpus, aut pondus, aut imaginem inſculptam numus repertus eſt: ſed electa materia eſt, inquit Paulus, cuius publica æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret. l.1, D. de contrah.empt. quibus verbis ἰσοδυναμίαν Vlp. ſignificat, quam pariationem fortaſſe non incommodè dicere poſſemus. Nunc vt ad inſtitutum reuertamur, & ſuperioris

noſtræ pręmunitionis vſum aliquem oſtendamus, primùm inſignis doctrina extat in l.quæ extrinſecus,65,D.de verb.obl.vbi nihil obeſſe ſtipulationi dicitur,ſi in appellatione rei varietur: veluti, inquit,ſi ſtipulanti denarios (erant autem argentei) tu eiuſdem quantitatis aureos ſpondeas,obligaris. Quibus ex verbis intelligitur, cùm dicimus, Aureum,vel vigintiquinque denarios,vel centum ſeſtertios(quanti videlicet Aureũ fuiſſe conſtat)non plures res, & alias atque alias numerari:ſed vnam eandémque rem:nimirũ valorem ſiue poteſtatem pluribus nominibus appellari. ac proinde cũ quis aureum debet, non præcisè corpus eiuſmodi aliquod debere, ſed potius ipſius valorem: & ſiquis pro aureo vel xxv denarios,vel c. ſeſtertios reddat,non aliud pro alio, ſed eandem rem reddere. Itaque Imp.in l.vn.C.de coll.ær.& l.vn. C.de arg. pret.qu.theſ.ſtatuit,vt in publicis collationibus liceat,pro xx æris libris, vnum auri ſolidũ:pro ſingulis argẽti;quinos æreos inferre. In eámque ſententiam Liuius lib.38.Pro argẽto,inquit,ſi aurum dare mallent,darent,conuenit:dum pro argenteis decem, aureus vnus valeret. Denique pecuniæ in ſolutionibus permutatę paſsim exempla videmus: íſque Collybus dicebatur.vt in Ora.pro Quintio, vbi P.Scapula C.Quintio pecuniã crediderat, numis ſcilicet Gallicis: quã Quintius Romæ & Romanis numis curare debebat.Cùm autẽ de eo collybo ſatis inter ipſos conuenire non poſſet, ſumptus C.Aquilius eius controuerſiæ arbiter fuerat, qui Quæſtores vrb.talium permutationum peritos in conſilium adhibuit.Hoc eò per te agebatur (inquit

(inquit Cicero, Aquilium alloquēs) quòd propter ærariam rationem non ſatis erat in tabulis inſpexiſſe, quantum deberetur, niſi à Quæſtoribus quęſiſſes, quantum ſolueretur. Decidis ſtatuíſque tu propter neceſsitudinem quæ tibi cū Scapulis eſt, quid ijs ad denariū (id eſt, Romana pecunia) ſolueretur. Similiter Paulus in l. creditorem, 99, D. de ſolut. Creditorem (ſic enim legendum eſſe cùm ex vulgatis libris, tùm ex re ipſa intelligitur) non eſſe cogendum in aliam formam numos accipere, ſi ex ea re damnum aliquod paſſurus ſit. Ex quo ratiocinari licet, ſi vbi creditor damnum non patitur, nulla planè formæ ratio habetur: primùm obligationem pecuniæ non in forma ſigni publici cōſiſtere, ſed potius in valore ac poteſtate. Deinde figuram illam, nō eſſe verè ac propriè formam numi eſſentialem, quę (vt vulgò loquimur) dat eſſe rei, & per quam numus eſt, id quod eſt: ſed formā numi eſſe auctoritatem publicam, id eſt valorē & poteſtatē ei publica lege impoſitam: quia numus non natura, ſed lege cēſetur: vt Ariſt. Ethic. v. ſcribit, καὶ διὰ τοῦτο τοὔνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει, ἀλλὰ καὶ νόμῳ ἐστὶ καὶ ἐφ' ἡμῖν μεταβάλλειν καὶ ποιῆσαι ἄχρηστον. Hinc illud Senecæ de benef. 6, Cùm dicimus beneficiū illi reddi, nō hoc dicimus, illud nos quod accepimus, reddidiſſe: ſed aliud pro alio reddere. Eſt. n. rē pro re dare. quidni? cùm omnis ſolutio non idē reddat, ſed tantundē. nam & pecuniā dicimur reddidiſſe, quāuis numerauimus pro argento aureos. Cōſtat igitur, cùm is qui C. H-S pro aureo reddit, non aliud pro alio, ſed aureū ipſum reddere intelligatur: licere debitori, vel argenteos pro

aureis,vel aureos pro argenteis ſoluere: dummodò nihil creditoris interſit. Intereſſe autẽ non ex affectione, ſed ex rei familiaris detrimento æſtimari.l.3, D.de dam.infect. quanquam in minutulis numis ſoluendis,Pariſienſi Arreſto non aſſentior,quo Pet.Rebuffus teſtatur decretum fuiſſe,vt pro numis aureis liceat etiam duplos (vt ipſe loquitur) & liardos ſoluere.quaſi verò nõ interdum plurimi,vel ad geſtationem,vel ad alia commoda interſit.l.4,§.melior,D.de in diem addic. Verùm hæc quidem ita ſe habent.Nunc alia quæſtio exoritur:Numorum poteſtate mutata, vtrum eadem ſpecies quæ credita eſt, an verò æſtimatio debeatur. Ego diſtinctionem adhibendam arbitror: vtrum in ipſa numorum qualitate aut numero , an verò in poteſtate & valore mutatio contigerit. Qualitatem intelligimus in materia, vt ſuprà diximus:veluti ſi Scutati qui olim in Gallia obryzati cudebantur,poſtea minus puro ex auro percutiantur:vel Capitati(quos Teſtones vulgò appellant)qui argentei olim erant,poſtea mixto ex argento feriantur. Poteſtatis autem mutationem intelligimus , veluti quæ frequentiſsimè in Gallia cõtingit : vt cùm aureus ſcutatus qui ſuperioribus annis erat tantùm aſsiculorum L,nunc pro LX impenditur. De quãtitate & pondere ſimiliter Plin. lib.33,cap.3,teſtatur, aſſes primùm librales fuiſſe, poſt ſextantarios:tum deinde vnciales: poſtremò ſemunciales. Et de poteſtate Voluſius Mætianus ſcribit, Seſtertium cùm ab initio duorum aſsium & ſemis eſſet,vnde nomẽ reperit:pòſt ad quatuor aſſes excreuiſſe. Itẽ Denariũ cùm initio x aſsium

eſſet,

esset, pòst ad XVI adauctum esse. Neque obstat quod scribitur in l.3.D.de eo quod cert.loc.l.1,D. de contr.empt.l.3, D. de in lit. iur. vnam eandem ac perpetuam numorum potestatem vbique fuisse. Id enim intelligendum est de ea potestate, quæ lege lata imposita, deincepspost legem latam vbique seruabatur. neq; olim nisi rarissmè, ac ne singulis quidem seculis mutabatur. Ergo quãtum ad qualitatis, aut quãtitatis mutationem attinet, hoc iuris esse arbitror, vt qui aureum non obryzatum pro obryzato reddit (si modò ille publica lege probatus sit) non aliud pro alio reddidisse videatur: contra l.2, D.si cert.pet.sed planè eundem pro eodem. quoniam (vt suprà probatum est) in numis non qualitatis, sed solius potestatis ac valoris ratio ducitur. Tanti enim iam est nõ obryzatus, publica lege probatus, quanti olim obryzatus fuit: tantùm denique mercis pro vulgari dabitur, quãtum olim pro obryzato dabatur. Eiúsque rei argumẽtùm extat apud Plin.lib.33, cap.3, vbi scribit, Bello Punico I, cùm impensis Resp.non sufficeret, libræ pondus æris imminutum, cõstitutúmque vt asses sextantario pondere ferirentur. ita quinque partes (inquit) factæ lucri: dissolutúmque æs alienum. Quinetiã C. Manlius apud Sallust.in Catilin. Sępe, inquit, maiores vestri miserti plebis R. decretis suis inopiæ eius opitulati sunt. ac nouissimè, memoria nostra, propter magnitudinẽ æris alieni, volentibus omnibus bonis, argentũ ære solutũ est. Quantum autem ad potestatis mutationem, aliud esse iuris existimarẽ: quoniam, vt superius docuimus, qui olim aureum credebat, aut debebat, non tam

ſpeciem ipſam numi, quàm valorem, id eſt centum ſeſtertios, credere, vel debere intelligebatur. l.quæ extrinſecus, 65, de verb.obl.ac proinde ſiue pretium decreuerit, debitorem tot aureos duntaxat reddentem quot acceperat, minus quàm acceperat reddere intelligi: ſiue pretium creuerit, petitorem tot aureos petentem, quot crediderat, plus quàm crediderit, petere. Eiúſq; reciprocationis argumentum eſt primum par eadémque contrariorum poteſtas.l.ſi ex toto, 8, de leg.1.deinde peruulgata iuris Regula, Secundum naturam eſſe, commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequũtur incommoda. AEquè autem accretionis commodum, vt decretionis incommodum, & ad debitorem & ad creditorem pertinere, argumento eſt obligatio frugum, vini, olei, frumenti: de qua in l.vinum, 22, D.ſi cert.pet. l.vlt. D. de cond. trit.l. quoties, 59, D.de ver.obl. Vbi autem fortuiti euẽtus neutram in partem ratio ducitur, neuter lædi videtur.l. ſi pater, 12, C.de inoff.l. de fideicommiſſo, 11, C.de tranſ. Tertium argumentum ex l.2, C.de vet.num.pot. vbi Imp. ſtatuit, vt pro imminutione quę in æſtimatione ſolidi fortè tractatur, omnium quoque ſpecierum pretia decreſcant. Qua in lege nomen Specierum non de rebus cuiuſuis generis, ſed potius de ſpeciebus monetæ & pecuniæ accipiendum arbitror: vt vna cum aureo gradatim omnes reliquæ monetæ pro rata cuiuſque portione decreſcant. Verùm hæc quidem ita ſe habent, vbi mora per debitorem aut creditorem commiſſa nulla eſt. nam vbi mora interuenit, omnis vtilitas reſtituẽda eſt. l. ſi ſterilis, 21, §.3, D.

de act. empt. vel si dies in creditoris fauorem adiecta sit.l.si ita relictū, 43,§.Pegasus, l.cùm pater, 77, §.creatoris, de leg.2. l. eum qui,16,D.de ann. legat.l.3,§.cùm Pollidius,D.de vsur.

In lite frugum debitarum per Iudicem æstimanda, quæ ratio tenenda sit: id est, cuius temporis, aut loci pretium spectari oporteat.

QVAESTIO XVI.

SVPERIORI quæstioni finitima hęc est: ad cuius explicationem sex regulæ iuris adhibendæ sunt: quarum hæc prima est, Frugum pretia pro tēporum & locorū varietate plerunque variari.l.3,D.de eo quod cert.loc.l.pretia, 63,§.vlt. D. ad leg. Falcid.Altera est huiusmodi, Neque creditor aliud pro alio accipere, neq; debitor soluere cogitur, nisi inter ipsos conuenerit: veluti pecuniam pro frumento,vel vino, vel oleo. l.2,D.de reb.cred.l.sed addes,19,§.si dominus,D. locat.aliud enim pretium est, aliud merx. l. si ita, 42,D.de fideiuss.l.eo quod,10,C.si cert.pet.l.eum à quo,16,& l.seq.C.de solut.nisi officio Iudicis iusta & probabilis caussa videatur. l. si domus, 71, §. qui confitetur, de leg. 1. l. possessionum, C. cōm. vtr.iud.l.non dubium,14,in fin. de leg.3. l. cùm alienam, C.eod. Tertia est huiusmodi, Vbi mora commissa non est, & res constituto loco petitur, qui fruges debet,si qualitas adiecta non sit,quaslibet dando, id est etiam vilissimas, liberatur. l. si is qui,50,§.1,l. qui fideiussorem,52, D.mandat. l.4,

D. de tritic. vin. ol. Quarta hæc est, Vbi mora per debitorem commissa est, tum omnem frugum vtilitatem præstari: ac propterea quãti plurimi fruges siue contractus siue iudicij tempore fuerint, æstimari. l. 3, §. vlt. & l. si sterilis, 21, §. 3, D. de act. empt. Quinta hæc est, Vbi mora nulla est, frugum debitarum æstimatio, si pura obligatio est, in strictis iudiciis ex tempore litis contestatæ: in aliis, ex rei iudicatæ tempore spectatur. l. vinum, 22, D. de reb. cred. l. vlt. D. de cond. tritic. l. 3, §. in hac, D. cõmod. Cuius differentiæ hæc ratio est, quòd in illis Iudex ad certam quantitatem in iudicium deductam astrictus est: in his verò, liberam ex bono & æquo æstimandi potestatem habet. l. 2, §. nunc, de officio. & l. vlt. D. de eo quod cer. loc. qua de caussa plus petitionis periculum in iis versatur. l. 1, D. de interrog. in iur. Neque huc pertinet l. pen. D. de cond. trit. non enim de frugibus, quarũ æstimatio pro temporum & locorum varietate mutatur, sed de specie, id est de homine mortuo ibi quæritur. Sequitur VI, Frugum debitarum æstimatio, si dies adiecta est, ex eius diei ratione ineunda est. ex d. l. vlt. & l. quoties, 59, D. de ver. obl. cuius obscura illa clausula videtur, Alioqui aliâs rei captio erit. Nam vt si pluris fruges sint, promissor grauabitur: sic si minoris, stipulator. Quare videndũ est, ecquid potius ita legendũ sit, ALIOQVIN ALIVS REI PACTIO ERIT. quandoquidẽ ALIVS genitiuum nostri quoque vsurpant. l. cum manu, 80, D. de cont. empt. Ergo si eius tẽporis æstimationem sequeremur, quo res petitur, & nõ eius quo dari debuit, alterius rei pactio, alterius petitio vel solutio esset. nam

nam triticum, quod nunc vel pluris vel minoris est, quàm cum dari debuit, peteretur aut solueretur. In contrahendo autem quod agitur pro cauto habendum est. l. 3, D. de reb. cred. sempérque in stipulationibus id sequimur quod actum est. l. semper, 34, de reg. iur. Neque obstat l. cùm quis, 22, D. de obl. & act. vbi cùm quis in diem mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis æstimatio spectāda est, quo satis acceperit. Nam fideiussor acceptus ibi fuerat, cùm dies obligationis venisset: & debitor appellatus satis eo modo fecerat. vt in l. si rem, 9, §. omnis, D. de pig. act. Restat vltima, Frugum æstimatio, si locus solutioni definitus est, ex eius loci foro ineūda est. d. l. vinum, & l. vlt. D. de trit. act. l. 3, §. vlt. D. de act. empt. l. idem erit, 60, D. de verb. obl. nam contraxisse quisque eo loco intelligitur, in quo vt solueret, se obligauit. l. contraxisse, 31, D. de obl. & act. l. 3, D. de reb. auct. iud. poss. neque alibi res iudicatur, quàm quo cōtestata lis est. l. vbi, 30, D. de iudic.

An quæ à falso magistratu per magistratus nomen gesta sunt, rata esse debeant.

QVAESTIO XVII.

VETVS questio est, An quæ à falso magistratu per magistratus nomen gesta sunt, rata esse debeant. cuius questionis argumentum insigne extat in l. Barbarius, 3, D. de off. præt. Barbarius, inquit Suidas, seruus fugitiuus cùm esset, Romæ se pro libero gessit: vbi cùm in Antonij

Triumuiri gratiam atque amicitiam ſeſe inſinuaſſet, tandem eius fauore atque auctoritate productus, Praeturam petiit: Praetórque renuntiatus eſt. Re patefacta, magna quaeſtio exorta eſt: Vtrum ea quae Barbarius in fungendo Praeturae munere geſſerat, rata eſſe oporteret, an verò quaſi à non Praetore geſta, pro nihilo habenda eſſent? Ea quaeſtio tractatur in d.l.3.ſed ita perplexè ac ſpinoſè, vt facile appareat, Vlpiani diſputationem non modò in vulgatis, verũ etiã in Florentinis, & Holoãdrinis codicibus non vno loco mendoſam eſſe. Dãda igitur noua nobis opera eſt, vt eam tandem aliquando ab illis mẽdis vindicemus. Cuius rei facultatẽ nobis hinc maximam oblatam arbitramur, quòd cùm Vlpianus actis Barbarij auctoritatem tribuat, perſpicuè intelligitur, Pomponium in contraria ſententia fuiſſe. Sic igitur ſcribẽdum arbitror: SED EI SERVITVTEM OBSTITISSE POMPONIVS AIT: QVASI PRAETOR NON FVERIT. ſublata voce NIHIL. ſicut in l.in bello, 12, D. de captiu. Nam Pomponius, ius commune ſecutus, negabat eum Praetorem fuiſſe, hoc argumento: quia ſerui ciuilium omnium officiorum ac munerum expertes ſunt.l.in his officiis, 175, & l.vlt.D.de reg. iur.l.cùm Praetor, 12, D.de iudi.l.7, D. de falſ.itaq; ſtatus ſeruorum arreptis mendacio dignitatibus non immutatur.l.non mutant, 11, l.non iccirco, 38, C.de liber.cauſſ.l.2, C.ſi ſeruu.aut libert.ad decur. l.aſſumptio, 6, D. ad municip. nam honores non mendacio & fraude, ſed legitimis modis capiuntur.l.herennius, 10, D.de Decurion. denique moris fuit, vt ſi quis contra quàm legibus licebat, magiſtra-

gistratum adeptus esset, tum lex ad populum ferretur, ne ea res illi fraudi esset. Liuius lib. 30. Latũ ad populum est, ne C. Seruilio fraudi esset, quòd patre qui sella curuli sedisset, viuo, cùm id ignoraret, Tribunus pl. atque Aedilis pleb. fuisset, contra quàm legibus sancitum fuerat. Quinetiam si quid vitij in clarissimorum virorum designationibus accidisset, magistratu se abdicare cogebantur: &, quod vitiosè gestum fuerat, redintegrato auspicio corrigebatur: vt cũ ex innumeris Liuij locis intelligitur, tum ex illo nobili Ti. Gracchi cõsulatu, de quo est apud Tullium de nat. deor. 1. & de diuin. 2. Liuius lib. 4, Non tamen pro firmato stetit magistratus eius ius, quia tertio mense quàm inierunt, Augurum decreto, perinde ac vitio creati, honore abiere: quòd C. Curiatius, qui comitiis eorũ præfuerat, parùm rectè tabernaculũ cepisset. Quin & vitiosi magistratus illi dicebantur. Cicero Philipp. 1, Quãdiu tu voles, vitiosus Cõsul Dolabella. rursus cũ voles, saluis auspiciis creatus. Ac mira de auspiciorum vitiis Plutarch. in Marcelli vita commemorat. Summa igitur Pomponianæ disputationis hæc fuit, quanuis Barbarius Prætor populi comitiis designatus fuerit, tamẽ ei seruitutem obstitisse, quominus verè ac iure Prætor esset. Quàm disputationem Vlpianus sic excipit: Atquin verum est, Prætura eum functum: quem versum Pomponio tribuere, perquàm absurdum est. nam vocem, Atquĩ, in aduersando & contradicendo vsurpari, nemo ignorat. Sententia igitur hæc est, Vt Barbarius reuera Prætor non fuerit, attamen prætura functus est: & in Prætoria dignitate fuit. Subtiliter

nimirum Vlpianus ita disputat, quasi aliud sit Prætorem esse, aliud Pretura fungi. sicuti aliud est Proconsulem esse, aliud Proconsulatum obtinere. l.1, D. de tutor. dat. ab his, aliud, esse in libertate, aliud esse liberum. l. quod autem, 10, cum seq. D. de lib. causs. l. noxali, 23. D. de noxal. act. l. 2, C. de postlim. reuers. vt alio loco Spartacus in libertate fuisse dicitur, cùm tamen liber nõ esset. l. 3, §. si seruus, D. de acq. poss. & apud Quintil. declamat. 340. & 342. item aliud seruum esse, aliud in seruitute. l. ei quoque, 11, D. ex quib. causs. maior. vt addicti in seruitute esse dicuntur, cùm tamen liberi permaneãt: vt est apud Quintil. 7. c. 3. & 9. c. 5. sic proprietarij seruus apud fructuarium seruire, & in seruitute esse dicitur, cùm tamen eius seruus non sit. l. is qui, 18, D. de nox. act. l. vxori, 24, D. de vsufr. leg. l. si postulauerit, 24, §. de eo, D. de adulter. Sic aliud est, Possidere, aliud Esse in possessione. l. si quis ante, 10, D. de acq. poss. aliud tutorem esse, aliud tutela fungi. l. si quis putans, C. de petit. hered. contráque versa ratione disputatur, eum qui furore correptus est, Prætorem manere, fungi prætura non posse. l. nec mandante, 8. §. 1, D. de tut. & curat. l. qui facere, 20, D. de iudic. quam cum hac nostra coniungendam esse, vtriusque inscriptio declarat. Sic apud M. Tullium dicitur, aliud esse Quæstura, aliud Quæstoria procuratio: Verrin. 3. C. Malleolo Quæstore Cn. Dolabellæ occiso, duas sibi hereditates venisse arbitratus est, vnam Quæstoriæ procurationis (nam à Dolabella statim proquestore iussus est esse) alteram tutelæ. Et multo pòst: Illarum rationũ ex ea fece legationis, quæstoriæque tuæ procurationis

tionis illa ſunt nomina, quæ Dolabellæ neceſſario ſunt æſtimata. Ac pari modo videmus, ſeruum pro libero ac ciue communi hominum opinione habitum & Decurionatu & Aedilitate functum eſſe, neque tamē aut Decurionem, aut Aedilem̄ fuiſſe: ſed in ſeruitutem & domini poteſtatem redactū. l. 2, C. ſi ſerui aut liberti decurion. item ſeruum publicè pro libero habitum arbitrum à Prætore datum, arbitrio quidem functum eſſe, re tamē vera neque arbitrum, neque iudicem eſſe potuiſſe. l. 2, C. de ſentent. & interloc. item alio loco teſtamentum obſignaſſe, ciuiſq; Romani munere functum eſſe, neque tamen iccirco ciuem aut liberum fuiſſe. l. 1, C. de teſtam. Quinetiam diſputari non ineleganter aduerſus Pomponij ſententiam poſſet, Barbarium Prætorem dici potuiſſe, ſed nominis cauſſa duntaxat, atque (vt Dialectici loquuntur) ὁμωνύμως. ſicuti tutor falſus, & falſum teſtamentū, & modius iniquus, & Hercules pictus, per homonymiam dicitur. l. paulus, 221, D. de verb. ſignifi. l. 2, D. teſtam. quemad. aper. Sic falſum Conſulatum M. Perpernæ Valerius appellat lib. 3. c. 4. quia cùm peregrinus eſſet, Conſul prius, quàm ciuis fuerat: vt idem loquitur. Sic L. Florus Pſeudophilippum imaginarium & ſcenicum Regem appellat lib. 2. c. 14. quod idē & de Pſeudalexādro & de Pſeudoperſa, dici potuit. Sed hoc toto de genere reperio inſignem locum apud Varronem lib. L. L. V: Quòd ſi Prætor imprudens, inquit, illud verbum emiſit, aut quem manumiſit, ille nihilominus eſt liber, ſed vitio. vt magiſtratus vitio creatus, nihilo ſerius magiſtratus. His ita conſtitutis & poſita, receptáque

Vlpiani ſententia, quòd ſcilicet Barbarius Prætor quidem nō fuerit, prætura tamen functus ſit. Deinceps verba ipſius audiamus. ET TAMEN, inquit, VIDEAMVS. quo loco ſuſtinenda vox eſt: & interpunctio adhibenda: hoc ſenſu: Magna quidem eſt Pomponij auctoritas, vt Barbarium prętorem non fuiſſe concedamus. ſed tamen, quæ vis illius opinionis ſit, quæque ex ea conſequantur, conſideremus. Tum diſputationem ſic exorditur: Si quādiu ſeruus latuit, dignitate prætoria functus non ſit, quid dicemus.? Id eſt, Si Pomponij ſententiam admittamus, & negemus Barbarium quandiu ſeruus non eſt cognitus (nam Græco more Latuit dixit, pro ἔλαθε) Prætoria dignitate functum eſſe, (nam particula IN mendoſe in ſolis Florentinis interiecta eſt, & locus per negationem legendus) quid dicemus? Vbi ſubaudiendum illud eſt, An etiam incommodum illud quod ex illa opinione conſequitur, admittemus, vt ea quæ edixit, quæ decreuit, quæ toto imperij ſui anno ſtatuit, nullius momenti fuerint? at iſta ratione futurum eſt, vt fortunæ ac facultates omnium ciuium, quibus anno ſuo ius reddidit, conturbētur. nam ſi magiſtratus non fuit, ius non fecit. ius enim niſi qui in magiſtratu eſt, non facit. l. 2. §. poſt originē, D. de orig. iur. Ab iis, inquit, qui iuri dicundo præſunt, iuris effectus accipitur. Nūquid igitur ſatius ac Reip. vtilius eſt dicere, firma eſſe acta illius oportere, propter vtilitatem eorum, qui apud eum vel lege, vel quo alio iure egerunt? Et verum puto, (inquit) nihil eorum reprobari: hoc enim humanius eſt. Sed quo iure? dicet aliquis. nempe eo, quod contra iuris ſtricti

regulas

regulas ad Reipub. vtilitatem accommodatum singulare appellatur.l.ius singulare,16.D.de legib. & senat.l.iusto errore,44,D. de vsurpat. Barbarij ergo statum & conditionem ab eiusdem actis separemus. nam quod ad ipsius personam attinet, certum est,eum seruum mansisse, quāuis in libertate fuerit. Quantum ad acta, propter vtilitatem eorum quibus ius dixit,ne tam multorum ciuium fortunæ turbentur,præstabilius est ea conseruari. nam pari modo videmus auunculi matrimoniū, quod ipso iure incestum est, tamen propter liberorum statum à principe confirmari.l. qui in prouincia,57.§.1,D.de rit.nupt.item sententiam ab eo dictam,qui cùm seruus esset,publicè tamen pro libero habebatur, & pro libero arbiter à Prætore datus fuerat,ratam haberi.l.2, C. de sent.& interloc. & testamentum à simili veteratore obsignatū rectè obsignatum dici.l.1, C.de testam.Pari etiam modo videmus acta Cæsaris, qui tyrannide Rempub.oppresserat,sibíque perpetuum in libera ciuitate dominatum asciuerat, tamen otij & tranquillitatis caussa probari.nam Philipp.1. Cicero sic loquitur:Primùm igitur acta Cæsaris seruanda censeo.non quò probem.quis enim id quidem potest? sed quia rationem habendam maximè arbitror pacis & otij.

Verùm huic disputationi opponi video l. nulla, 19,D.qui & à quib.vbi nulla dicitur esse libertas ab eo data, quem postea seruum fuisse apparuit. item l.non iccirco,44, §. 1, D.de iudic.vbi absoluendus dicitur esse debitor, quem procurator eius quem postea seruum fuisse apparuit,iudicio persequeba-

tur.item d.l.1,C.de teſtam.vnde ducto ex contrariis argumento concludi poteſt,obſignatum à ſeruo teſtamentum pro nullo haberi.Simúlque hanc ſolutionem afferri,quod ſeruus per ſe ſolus auctoritate ſua tanquam liber fecit, non tenere : quod pòpuli auctoritate munitus fecit,tenere:ſicuti iudicium infantis auctoritate tutoris ſuppletur. l. quãuis,32,§.infans,D.de acq.poſſ. Sed videamus, ne diuerſa ratio ſit. nam tutor legitimam auctoritatis præſtandæ perſonam gerit:ſeruus neque manumittendi, neque litigandi procuratorísve dandi,neque teſtamenti obſignandi, perſonam idoneam habet.l.7,D.de falſ. Planius igitur ac certius dicemus, conditionem ſeruo impoſitam ab ipſius naturali conditione diſtinguendam eſſe : & quà veram ipſius conditionem ſpectamus, nihil ab eo geſtum valere: quatenus impoſitam & vel vulgi vel Principis errore attributam, valere.Cuius rei perſpicuum & populare exemplum ſuppeditat receptum in eccleſia poſt varias veterum contentiones hoc dogma:Ne ſanctum baptiſma iteretur. lib. Cod.1.vbi baptiſmus ab epiſcopis hęreticis collatus valere dicitur, non quà perſona illorum per ſe ſpectatur, ſed qua dignitas & publicum munus, quod vulgi aut Principis errore illis iniunctum fuerat.Sequitur legis clauſula : CVM etiam potuit populus R.ſeruo decernere hanc poteſtatem. Vbi non dubito, quin legendum ſit, NVM ETIAM. primùm, quia continuò pòſt Vlpianus id negat, quod iſto modo diſertè affirmaret. deinde quia dictu abſurdum eſt, tantam ἀνιςορησίαν & Romanæ antiquitatis ignorantiam vel in Pomponium,

vel

vel in Vlpianum cadere potuisse: vt illud omittam, quòd Vlpianus dixisset potius CVM POTVERIT: quàm CVM POTVIT. Neque tamen sum nescius, suffragia populi, legis vim obtinere. quod etiam Liuius lib.7.demonstrat. Aiebat (inquit) in XII tab. legem esse, vt quodcunque postremum populus iussisset, id ius ratúmque esset. Iussum populi & suffragia esse. Itaque cum P. Cornelius Scipio, cui pòst Africano cognomen fuit, Aedilitatem peteret, Tribuni autem plebis obsisterent, negantes rationem eius habendam esse, quod nondum ad petendum legitima ætas esset, Si me, inquit, omnes Quirites Aedilem facere volunt, satis annorum habeo. cuius rei auctor est idem Liuius lib. XXXV. Quod cùm ita sit, cui seruo populi suffragiis & quasi lege magistratus mãdatus est, ei quoque ipso iure, & quodammodo tacitè concessa libertas intelligitur. quia concesso aliquo, ea sine quibus constare illud non potest, concessa intelligũtur. l.2, D. de iurisd. qua de caussa seruus à domino sciente tutor liberis testamento datus & libertatem & tutelam obtinet. l. quæro, 32, D. de testam. tut. Sed respondendum est ex Vlpiani sententia, hoc pacto: Populus R. non potuit Barbario magistratum mandare. nam si seruum ignorabat, nulla ignorantis voluntas est. l. si per errorem, 15, D. de iurisd. itaque dominus, qui Stichum, quem seruum esse ignorabat, tutorem liberis suis reliquit, nihil egisse intelligitur. Stichus enim neque tutor, neq; liber est. l. si quis, 22, D. de test. tut. l. generaliter, 24. §. si quis, D. de fideic. lib. Sin autem populus R. seruum esse Barbarium sciuisset, eum à domino em-

ptũ liberũ ac ciuẽ effecisset. SED SI SCISSET SERVVM ESSE, LIBERVM EFFECISSET: Sic enim rectè in vulgatis legitur: cùm in Florent. mendosè scriptum sit, SED ET SI. ac tantum abest, vt huic sententiæ aduersetur d. l. quæro, de test. tut. vt eam apertè confirmet. prius enim quàm tutela seruo mandetur, ab herede manumissus dicitur. neque quicquam seruis cum populi R. comitiis iuris aut communionis fuit. Illud ad extremum notandum est, quod Vlpianus subiecit, in Imperatore multo magis obseruandum esse: ita meo iudicio intelligendum, quemadmodum superius diximus, vt sicuti stante Rep. legem ferri oportuisset, ne ea res iis quibus Barbarius ius dixisset, fraudi esset: ita necessarium Augusti rescriptum & priuilegium fuisse. arg. d. l. qui in prouincia, 57. D. de rit. nupt. Sic enim princeps eum qui seruus fuit aureorum annulorum concesso iure, ingenuum efficit. l. sed si hac, 10, §. 2, D. de in ius voc. Quòd si populus potestatem habuit hæc probãdi, rataque habendi, multo magis Imperator: cui & in quem populus suam potestatem cõtulit. l. 1, D. de const. princ. Sic idem Vlpianus scribit in l. quidam, 57, D. de re iud. si Prætor aut Consul minor ius dixerit, iccirco valere: quia princeps, qui ei magistratum dedit, omnia eum gerere decreuit. Populi autem potestatem in magistratibus mandandis translatam in Principem fuisse, nemo nescit ex l. 1, D. de ambit. Sed iam super hac re nimis. Ad hasce autem quæstiones ridicula illa referri disputatio potest, de Iohanna, quæ virum mentita, Papatum aliquandiu tenuit: an vbi per partum detecta fraus fuit, eius in Papatu acta

rata

rata esse oporteret: & vtrum Papa, an in Papatu tantùm fuisse videretur.

Quæ res diuiduæ aut indiuiduæ dicantur, & quænam vtrarumque natura sit.

QVAESTIO XVIII.

QVONIAM perplexa hæc disputatio est, altius paulo eius explicandæ initium sumemus. Rerum igitur quædã corporales sunt, quædam incorporales, quædam vtriusque naturæ participes. nempe quæ pondere, numero, mensura constant, quæ non obscurè separantur ab iis quæ in corpore consistunt. l.1, §. non solum, D. ad leg. Falcid. l. talis, 30. D. de legat. 1. quippe, cùm in iis pondus, numerus, mensura magis spectetur, quàm corpora. l. nam etsi, 13. §. vlt. D. de reb. cred. l. cùm stichus, 29. l. si is cui, 94. D. de solut. l. 1, D. de contr. empt. l. si pœnæ, 19. §. si falso, l. qui heredis, 46. D. de condict. indeb. Corporalium quædam diuisæ sunt, quædam indiuisæ. Diuisæ huius argumenti non sunt, vbi de rerum diuiduitate vel indiuiduitate differitur. Quæ indiuisæ sunt, earum quædam naturaliter & ciuiliter diuisionem recipiunt, quædam ciuiliter tantum. Naturaliter diuidi res dicũtur, cùm partes fiunt corpore. Ciuiliter, cum iuris intellectu. l. Mæuius, 66, §. 2, D. de legat. 2. illæ certæ sunt, & sensibus percipiuntur: dicuntúrque diuisæ, & pro diuiso: hæ incertæ sunt, dicuntúrque indiuisæ, & pro indiuiso: quoniam per vniuersum corpus rei diffusæ sunt. l. 5. D. de vsufr. l. 7, D. de ex-

cept.rei iudic.l.siquis,43,D.de acq.poss.l.ex mille, 64,D.de euict. veluti si aceruus frumenti vel numorum sit plurium communis, non modò pro mensura vel numero partes intelligentur, verùm etiam pro singulis aut frumenti granis, aut numorum corporibus.§.si duorum,20, de rer. diuis. l.nam etsi,13,in fin. D. de reb. cred. quod eodem modo de gregis,armenti,equitij capitibus singulis existimandum est, itémque de rebus quæ in pondere consistunt,vt pro ponderibus partes æstimẽtur.l.3,D.de rei vindic. Rursus partes naturaliter diuisæ & certæ potius sunt totum,quàm partes. nã hæc corporalis diuisionis vis est,vt tota plura conficiat.l.rectè,25, D.de verb.signif. Porro quæ naturaliter diuiduæ sunt, multo magis ciuiliter sunt diuiduæ.quia facilior multo est iuris intellectu diuisio,quàm corpore. veluti fundus regionibus facilè diuiditur:sed tũ quæuis pars totum fiet:ac fundus appellabitur.l.locus,60.D.de verb.sign.l.1,D. de euict. acsi quis fundus vnius hominis proprius casu aliquo pluriũ cõmunis fiat, etiãsi corpore indiuisus erit,tamẽ iuris intellectu diuisus dicetur:& tamen solidus manebit.d.l.Mæuius,66,§.2, vbi legendum est NANQVE, D.de legat.2.

Nunc dicamus de iis quæ ciuiliter tantum diuisionem recipiunt.Hæ sunt,quę,si naturaliter diuiderentur, interirent.velut animalia: nam Stichus quidem plurium communis esse potest, sed diuidi corporaliter sine interitu non potest. ciuiliter ergo partes eius intelligentur, id est pro indiuiso. vt intellectu magis partes habeat, quàm corpore. l. 5, D. de stipul. seru.res denique mobiles omnes eius-

eiusdem generis sunt. veluti scyphus, nauigium, vehiculum, aratrum, totum denique fundi alicuius instrumentum. l. 8. in fin. D. de rei vindic. l. 5. §. vlt. D. commod. l. quæsitum. 12. §. si quis, D. de fund. instruct. item arbor, puta in confinio posita. l. arbor, 19. D. comm. diuid. l. pen. D. pro soc. quinetiā quædam res immobiles eodem in genere censentur. veluti arbor, de qua modò dictum est. itē fons, & puteus, quorum solum commune est. l. 4. §. 1, D. commun. diuid. item vestibulum binarum ędium. d. l. arbor, §. 1. D. eod. Atque hęc quidem de rebus corporalibus. nunc de incorporalibus disseremus: quę cùm in iure consistere dicantur, l. 1, §. 1, D. de rer. diuis. l. 1, in fin. C. de pręscript. long. temp. naturaliter quidem & corporaliter diuidi non possunt: sed ciuiliter earum quædam diuiduæ sunt, quędam indiuiduæ. Diuiduæ dicuntur, quarum partis vsus & commodum esse potest. Indiuiduæ, quarum partes nullum sui vsum pręstant. l. vię, 17. D. de seruit. Diuiduarum exemplum, est plurium rerū stipulatio. quot enim res sunt, tot stipulationes esse intelliguntur. l. quia dicitur, 32, D. de euict. l. scire debemus, 29. D. de verb. oblig. Indiuiduarum rerū incredibile dictu est, quàm sit lubrica, quāque difficilis explicatio: propterea quòd perpaucæ res sunt ex ijs, quæ in libris nostris indiuiduæ dicuntur, quin aliquo modo & (vt Græci dicunt) κατά τι diuisionem recipiant. Dominium rei per se indiuiduum est. quia nulla res pro parte alicuius esse potest, pro parte nullius. l. 3, D. pro derelict. & tamen cùm ipsius commodum, (hoc est corporalis rei possessio) diuiduum sit, non dubium est, quin

& communionem & diuisionem recipiat. Pignoris caussa indiuidua esse dicitur.l. rem hereditariã, 65, D.de euict. itaque pignus plurium rerum liberari pro parte non potest: l.qui pignori, 19, D. de pignorib.l.6, C.de distract.pign.& tamen quia pignoris commodum, hoc est pretium ex eius vẽditione redactum, numero diuiditur, item (vt quæuis alia summa pecuniæ,) iccirco diuiduitatẽ sine dubio recipiet. quin etiam voluntate creditoris diuisionem admittet, etiamsi vnum rei corpus foret, ídque natura indiuiduum. nam gemma pro centum aureis pignerata, si creditor consentiat, solutis quinquaginta pro dimidia pignoris liberabitur. arg.l.3, D. de pact.l. quæ de tota, D.de rei vindic. Ac pari eodémque modo certæ summæ obligatio ipso quidem iure indiuisa est: indiuisa etiam eiusdem solutio: l.tutor, 41, §.1, D. de vsur.l. Iulianus, 13, §.offerri, D.de act.empt.sed tamen aut voluntate creditoris, aut imperio Prætoris diuisioni cedet.l.stipulatus, 9.§.1, D.de solut.l. qui hominem, 17.D.de acceptil.l.quidam, 21, D.si cert. petat.quod eodem modo in nominibus hereditariis cerni potest, quæ lege XII tab. inter heredes pro portionibus hereditariis diuisa fuisse dicuntur. nã si, vt ea diuiderentur lege opus fuit, perspicuum est, eorum naturam indiuiduam fuisse.l.1, C.si cert. pet.l.6, C.fam.ercisc.l.heredes, 25, §.idem iuris, D. eod.qua eadem de caussa videmus, si summa pecuniæ deposita fuerit, & plures depositarij heredes extiterint, vnumquenque heredum pro virili tantum parte obligatum esse, l.1, §.si pecunia, 24.l. si duo, 22, D.depos.l.vlt.C.eod.quod idem dicitur de

de ſumma pecuniæ in quam plures per ſententiam condemnati ſunt. nam ſinguli pro virilibus tātùm partibus tenentur. l. ſi quid ſeparatim, 10, §. 2, D. de appellat. l. 1, C. ſi plur. vn. ſentent. condemn. itémque de confideiuſſorum obligatione. nam etſi ſinguli in ſolidum teneātur, neque vnus partem ſoluendo pro parte liberetur, tamen ex Adriani epiſtola fideiuſſorum obligatio pro virilibus partibus diuiditur. l. 3, C. de fideiuſſ. l. 28. l. 29. D. eod. quod beneficium à Iuſtiniano productum eſt ad correos debendi etiam principales. Nouell. 99. & eos qui pariter eandē pecuniā conſtituerūt. l. vlt. C. de conſtit. pecun. proinde igitur ad eos, qui eandem ſummam pecuniæ mutuam ſumpſerunt. l. ſi in rem, 12, C. ſi cert. petat. aut eandem domum in ſolidum conduxerunt. l. ſi diuiſa, 13, C. locat. l. item quæritur, 13. §. duo rei, 9. l. cum apparebat, 47. D. eod.

Ac pari ratione quanuis res iudicata ſua natura indiuidua ſit: l. in hoc iudicio, 29. D. de re iudic. tamen in plures lata ſit diuidua. l. ſi quis ſeparatim, 10. §. 2, D. de appellat. & cautio damni infecti, quāuis opus ex quo damnum futurū eſt, indiuiduum ſit, tamen cùm plurium dominorum eſt, diuiſionem recipit. l. ſupra, 11. §. 3, D. de aq. pluu. Item depoſitum certæ pecuniæ in ſacculo ſignato. nam ſi plures eius qui depoſuit heredes ſint, vtilitatis cauſſa fiet ſolutionis diuiſio. l. 1, §. ſi pecunia, 24. D. depoſ. Item obligatio faciendi. quanuis enim factum dici non poteſt, quod ex parte factum eſt, tamen quia ſui natura continet id quod intereſt: l. ſi Kalendis, 11. l. ſiquis, 13. D. de re iudic. iccirco di-

uiduitatem per solutionem eius quod interest, hoc est pecuniæ, recipere dicitur.l.2,§.item si in facto, & l.stipulationes,72.D.de verb.oblig. Item debitum operarum, quæ quanquam neque promitti, neque deberi pro parte possunt, tamen si plures patroni heredes existant, numero diuiditur eius obligatio.l.libertus,15.§.1,D.de oper. libert. Sed insigne exemplum est in tutela.nam cum ea personæ detur, sequitur, vt eius obligatio sit indiuidua: & omnes in solidum teneantur. verumtamen vtilitatis pupilli caussa interdum ita diuiditur, vt singuli pro ea tantùm parte quam gesserunt, teneātur.exemplo epistolæ D.Adriani, de qua paulo ante dictum est.l.1,§.nunc tractemus,D.de tut. & rat.distr.l.inter tutores,36.D,de adm.tut.l.propter,21,§.1,D.de excusat.l. si tamen, 15. D. de testam.tut.& l.1,& pass.C.de diuid.tutel. Quid verbis opus est? Nihil magis creditur esse indiuiduū, quam seruitus, quæ à prædio vel homini, vel prædio debetur:veluti via,iter,actus:quippe,cùm seruitutis vsus sit indiuiduus.l.2, l.6.l.pro parte, 11.l. viæ,17. D.de seruitut. hoc est,quoniam eius commodum in vsu consistit. vsus autem seruitutis est facti.nos autem de diuisione iam agimus,quæ nisi iuris intellectu non fit. & tamen vtilitatis caussa seruitus tempore ac loco diuidi dicitur. quanuis enim & ius sit perpetuum, & per vniuersum prædium omnésque glebas diffusum sit, tamen vsus (qui facti est,non iuris) & temporibus partitis, & in parte fundi certa constituitur: atque ita quadātenus per consequentiam temporis & loci seruitus diuisionem admittet modóque, determinabitur.

tur.l.certo,13.§.1,D.de seruit.rustic.l. arbor, 19. in fi.D.comm.diuid.l.5,§.1.D.de seru. Similiter,cùm vsus(quæ personalis seruitus est) indiuiduus esse dicatur, quia pro parte vti non possumus. l. vsus, 19.D.de vsu & habit. tamen interdum accidit, vt eodem modo diuidatur. veluti si spatiosæ domus vsus tenui homini sit legatus. nam interdum vna, interdum altera eius parte vtetur.l. 4, in princip.l. pen.§.1,D.de vsu & habit.qua eadem ratione paulo pòst demonstrabimus,falsam eorum esse sentẽtiam, qui præfractè affirmant, vsumfructum non esse nisi diuiduum. nam cùm in facto, id est in fruendo consistat,l.1,D.quand.dies legat. ced. cũ, inquam, eius commodum in fruendo sit positum, quod totum facti est, non iuris, sequitur, vt eam diuisionem quæ fit iure & intellectu iuris, recipere non possit: vt mox docebimus : idémque paulò pòst etiam de hereditate tractabimus.

Nunc enim de iis rebus, quæ verè propriéque indiuiduæ sunt, neque vllo modo diuisionem recipiunt,explicandum videtur. Eiusmodi sunt balneum,campus,porticus.nam harum rerum omniũ vsus diuisionem admittere non potest:sed in solidum est singulorum.l.5,§.vlt.D.commod. Vtrum autem eadem vehiculi & nauigij caussa sit,difficilior aliquanto consideratio est, de qua paulò pòst separatim explicabimus.In hoc eodem genere cẽsenda est seruitus quæ homini ab homine debetur.neque enim pro parte aliquis liber esse potest, pro parte seruus:neque pro parte ingenuus, pro parte libertus.l.si pariter,7.D.de liber. caussl.l. 1,§. communis, D. de stipul. seru.l.alieno,31.§.1, D.de

fideic.libert. Sic vectigal non nisi in solidum deberi dicitur, neque diuidi in plures potest. l. communi, 7. D. commun. diuid. vt neque mortis caussa capio. l. qui duobus, 23, D. de condit. & demonst. Restat, vt de iis dicamus, quas vtriusque naturæ participes esse diximus. sed dubitari non potest, quin illæ omnes pro sua natura diuiduæ sint: hoc est suo pondere, numero, & mensura diuidantur. d. l. 29. l. 94. D. de solut. l. 1, §. non solum, D. ad leg. Falcid. l. si pœnæ, 19. §. 1, D. de condict. indeb.

Vtrum vehiculi & nauigij natura diuidua, vel indiuidua sit: & qui pariter vtendum sumpserunt, vtrum in solidum, an pro virilibus teneantur.

QVAESTIO XIX.

CAVSSAE constitutio hæc est, quam Celsus tractat in l. 5. §. vlt. D. commod. Titius vehiculum Primo & Secundo commodauit: quod fuit aureorum viginti. id aliquis surripuit. Titius aduersus Primum agere commodati instituit in solidum, & viginti ab eo petere, quasi vterque illorum in solidum obligatus esset. Primus pro sua virili parte solutionem offert, nimirum aureos decem: neque se amplius quam pro rata parte teneri defendit. Quærebatur, vtrum vterque illorum in solidum, an pro virili tantum parte teneretur. Dubitandi caussa, vt pro sua tantum quisque parte obligatus esse videatur, triplex est. prior huiusmodi. Cùm commodatum re contrahatur, conse-

consequens est commodatarios eatenus duntaxat obligari, quatenus res ipsis tradita est. at vehiculum vtrique in solidum tradi non potuit: sed pro cuiusque parte dũtaxat. quia regula iuris est, vnius eiusdémque rei nec dominium nec possessionem penes duos in solidum esse posse. l. de hereditate, 19. §. 2, D. de cast. pecul. l. Mæuius, 66, §. 1, D. de legat. 2. quæ regula non tantum obtinet in re naturaliter diuidua, veluti agro vel area, l. 6, §. 1, D. com mun. præd. sed etiam in re ciuiliter tantùm diuidua: veluti nauigio, vel vehiculo. nam etsi non potest quis esse dominus speciei pro parte corporali, id est pro diuiso (cùm eiusmodi res per naturalem diuisionem intereant) tamen potest esse dominus pro parte ciuili: id est pro indiuiso. itaque etsi vehiculum non potuit vtrique in solidum tradi, tamen potuit tradi, & reuera traditum est vtrique pro virilibus partibus, & pro partibus indiuisis. ex quo concludi posse videbatur, eos non in solidum obligatos esse, sed tantùm pro partibus indiuisis. Secunda dubitandi caussa est, quia commodare nihil aliud est, quàm vtẽdum dare. l. 1, §. 1. D. commod. Vsus autem & commodum vehiculi est euectus, siue vectura ipsa. at euectus non in solidum fuit Primi, sed pro sua parte duntaxat. non enim Primo & Secundo totius vehiculi, sed singulis separatim pro parte, quam quisque suo corpore occupaturus erat, concessus fuit. non vteruis, inquam, solidum euectum habuit, id est vniuersam vehiculi commoditatem, sed singuli suam & propriam. sicuti de possessione loci dicitur in l. 3. §. ex contrario, D. de acq. poss. Verùm his non obstantibus

contrarium Celsus respondit, vtrunque scilicet commodatarium communis culpæ & negligentię nomine non pro virili parte, sed in solidum obligatum esse.cuius suæ sententię duas affert rationes meo iudicio æquissimas.prior est, quoniam ambo commodatarij pariter totius vehiculi custodiam in se receperunt:hoc est non pro ea parte vehiculi,quam quilibet eorum occupaturus erat, sed totius in solidũ : vt hac ratione duo rei cõstituti esse in solidum eiusdem locationis intelligãtur,l. item quæritur,13.§.duo rei,D.locat.quippe, cùm commodator amborum fidem in solidum secutus sit, non cuiusque pro sua virili parte.l. eandem, 9. D. de duob. reis. hanc enim correorum caussam & conditionem esse constat, vt eiusdem rei nomine non singuli pro virili parte, sed pariter in solidum obligati sint. §.2,de duob.reis.l.reos, 11,§. 1, D. eod. eáque Celsi disputatio infra scriptis iuris regulis confirmatur.Quod à pluribus pro indiuiso commissum est, singulos in solidũ obligat.l. semper,25.§.2,D.quod vi aut clam.Quod in partes diuidi non potest, ab omnibus quodãmodo factum videtur. Quod dolo culpáve plurium in solidum admissum est, non nisi solido soluto restitui potest.l.si duo,22,D.depos.vbi eius rei exemplum in re apud duos deposita proponitur : vt aduersus vnumquenque ipsorum in solidum agi possit.l. 1,§. si apud duos,D.eod.alterum etiam exemplum extat de re duobus locata,in l.si diuisa,13.§.1,C.locat. itémque in tutela pluribus in solidum data,vt ipso iure singuli in solidum teneantur.quoniam singuli in vniuersum patrimonium dati sunt.l. propter,

21,§.

21.§.1,D.de excusat. singuli in se totius tutelæ periculum in solidum receperunt. tametsi hoc quidem casu ad exemplum epistolę D.Adriani beneficium diuisionis implorãtibus indulgeri solet. l.1, §.nunc tractemus,D.de tutel.& rat.distr.l.ex pluribus,42, l.tres tutores,55.D.de admin.tut.l.2, C. de diuid.tut.l.6, in fin. C. arbitr.tutel. & Nouell. 99.c.1.

Hanc tamen sententiam ita Celsus accipiendam esse subiungit, vt quanuis vehiculi commodator electionem habeat aduersus vtrum volet experiũdi,& solidum ab eo exigendi, tamen integra vnius solutione alter liberetur. quod idem de hac ipsa commodati & locati & depositi caussa concordissimè traditur,in l.si ex duobus,15,D.de tut. & rat. distrah.l.1,§.si apud duos,l.si duo,22,D.depos.d.l. si diuisa,13,C. locat.cùm tamen ei qui solidum exsoluit, cedi actio ab eo qui exegit aduersus alterũ debeat,aut ei vtilis actio concedi,vt quod amplius sua parte exsoluit, ab altero recuperet.l.cùm apparebit, 47. D. locat. quod idem in contutoribus locum habet.l.ex pluribus,D.de admin.tut. d. l.1, §.nunc tractemus,de tutel.& rat.distrah. Secunda Celsi ratio est, quoniam vsus vehiculi similis est vsui balnei,aut porticus,vel campi,pluribus ad lauandum,ambulandum,exercendum concessi.Atqui harum rerum vsus vniuscuiúsque est in solidum. neque enim quisquam eo minus rebus illis vtitur,quòd alius quoque vtatur:vsus,inquã,vnius, alterius vsum non minuit. quasdam enim res esse constat, quarum vsus non modò solidus plurium esse potest,verùm etiam non solidus esse non po-

test.veluti fluminis, per quod ius est cuique nauigare.l.riparum,5.D.de rer.diuis. item loci publici qui omnium vsibus deseruit.l.1.§.1, D. ne quid in loc.public.item porticus,in qua ambulatio:lucerna denique,cuius vsus ita plurium est, vt æquè sit vniuersorum. Quòd si vehiculi vsus similiter in solidum vniuscuiusque vectoris est,sequitur, vt vnusquisque culpæ in eo custodiendo commissæ nomine in solidum teneatur. Sed aduersus Celsi rationem exoriebatur hæc disputatio,quam idē subiungit, in versic. VERVM IN VEHICVLO &c. aliam scilicet videri balnei,porticus & campi, aliā vehiculi rationem. quoniam balnei vsus non potest nō esse singulorum balneatorum in solidum. quandoquidem calor balnei peræquè ad singulos in solidum perfertur:neque vnius vsus per alterius vsum imminuitur.sicuti nec lecticæ, nec porticus, nec campi,nec fluminis,nec nauigij, nec lucernæ. At vehiculi vsus & commodum non in solidum est singulorum, sed pro parte quadam euectus: id est,pro ea parte,qua quisque vehitur, vniuscuiusque proprius est.quoniam (inquit Celsus)non omnia loca vehiculi vnus obtinet,sed partem duntaxat.neque dubium est, quin vnius vsus alterius vsum imminuat.etenim nec par eadémque est locis omnibus sedendi commoditas:& celerius vnus solus vehitur,quàm plures simul: & is pro suo arbitrio mutare locum potest,& in quam volet partem:& modò sedens,modò iacens,aut discūbens: interdum etiam pedibus iter facere,interdum cōsistere. Huic igitur obiectioni Celsus ita respondet,vt fateatur, non vsquequaque parem esse balnei,

nei,porticus,campi,nauigij,lecticæ,& vehiculi rationem. ſiquidem iſtarum rerum vſus per ſe conſideretur.ſed quantum ad id quod agitur, vtrum ſcilicet ſinguli pro parte, an in ſolidum amiſſi vehiculi culpam præſtare debeant,eſſe quam ſimillimam. quoniam in hac conſultatione neque res ipſæ,neq̃ue illarum vſus per ſe conſideratur: ſed id quod inter contrahentes actum eſt: Inter commodatorem autem & commodatarios hoc actum eſt,vt commodator ſingulorum fidem in ſolidum ſequeretur:ſicuti loquitur Papin.in l.eadem,9. D. de duob.reis.hoc eſt,vt ſinguli commodatarij totius vehiculi cuſtodiam in ſolidum in ſe reciperẽt, non pro qua quiſque parte locum occuparet:quod ne fieri quidem vllo pacto poteſt.atque iccirco ſiue vehiculum(vt in caſu propoſito)ſiue lectica, ſiue nauigium commodatum ita fuerit,vt ſinguli in ſolidum eius cuſtodiam præſtarent, in pari cauſſa paria iura conſtituenda eſſe.Ex quibus ita diſputatis facile intellectu eſt, quemadmodum & ſuperioribus duabus obiectionibus reſponderi poſſit: & verò etiam argumento quod ſumi poſſet ex l.rẽ mihi,21.§1, D. commod.ſi quis duobus vaſa quædam communi periculo commodauit, & ea culpa ipſorum ſurrepta ſint, habiturum commodatorem actionem aduerſus eos pro cuiuſque parte. hoc eſt, non aduerſus ſingulos in ſolidum, quanuis commune periculũ fuerit. Nihil,inquam, hoc ſuperiori diſputationi aduerſatur:propterea quòd commodator nõ ſingulorum commodatariorum fidẽ in ſolidum ſecutus erat, ſed amborum ſimul, qui coniunctim illorum in ſe vaſorum periculum

receperant. Quæ cùm ita sint, satis iam patere arbitror, mendum esse in illo huius legis loco, PRO PARTE QVIDEM EFFECTV ME VSVM HABERE: legendúmque PRO PARTE QVADAM EVECTVS. vt Euectum dixerit Celsus pro Euectione, siue Vectura. sicuti Plin. lib. 18. c. 5. Cato spectari iubet, vt operariorum copia prope sit, oppidúmque validum: vt nauigiorum euectus sit, vel itinerum: id est, vt facilis vectura sit per flumina in nauigio, vel itinerũ per vias publicas in plaustris. Nam ad illa Catonis verba respexit, Oppidum validũ prope sit, aut mare, aut amnis, qua naues ambulant, aut via bona celebrísque. Varro lib. 1. c. 16. Eundem fundum fructuosiorem faciunt vecturæ, si viæ sint, qua plaustra agi facilè posśint: aut flumina propinqua, qua nauigari posśit. quibus vtrisque rebus euehi atque inuehi ad multa prædia scimus. Huius autem emendationis nostrę prima ratio hæc est: quoniam vox QVIDEM nihil habet neque quò referatur, neque quò pertineat, neque cui respondeat. deinde cùm dicimus EFFECTV vel IN EFFECTV, semper ei opponere ex aduerso solemus, NOMINE, vel VOCABVLO, vt in l. 1, §, qui minorem, D. vt legat. nom. cau. Nomen quidem heredis apud eum maneat: verumtamen effectu minus habeat hereditatis. & l. si habitatio, 10, D. de vsu & habit. Habitatio & vsus ædium nomine differunt, effectu pene idem sunt. Sic heres & fideicommissarius nomine differre dicuntur, effectu idem esse l. 5. §. 1, D. quod cum eo qui in alien. sed exemplorum plena sunt omnia. Atqui dubitari non potest, an is de quo Celsus disputat, nomi-

ne

ne tantùm vehiculi vſum habeat in ſolidum. quia ſi locator hoc verbo vſus fuiſſet, LOCO VOBIS DVOBVS IN SOLIDVM, præciſa omnis dubitandi cauſſa fuiſſet. pro certo enim & in ſolidum vterque obligatus, & nō commune periculum pro partibus indiuiſis fuiſſet, ſed cuiuſque proprium. d.l.cùm apparebit,47,D.locat.

Vſusfructus vtrum diuiduus ſit, an, vt ceteræ ſeruitutes omnes, indiuiduus.

QVAESTIO XX.

ABSVRDA quæſtio videtur, cùm tam multis locis ita dilucidè ac diſertè diuiduus eſſe dicatur, vt huic quæſtioni locus propè relictus videatur nullus. Primùm in l.5, D.de vſuf. vbi vſusfructus & ab initio, & ex pòſt facto, pro parte vel indiuiſa vel diuiſa conſtitui poſſe dicitur. quod idem traditur in l.1,§.ſi vſuff.D.ad leg.Falc. vſumf.diuidi, non ſicut ceteras ſeruitutes indiuiduum eſſe. Secundò, quòd ſi vſusfr.duobus legatus ſit, ipſo iure ad ſingulos pertinet: id eſt, ſinguli non niſi ſuam partem petent.l.ſed vſusfr.81. D.ad leg.Falc.& l.ſi fortè,6,§.ſi ædes, D.ſi ſeru.vind. vbi ſeruitutum nomine ſinguli ſeruitutis domini in ſolidum agere dicuntur, vno excepto vſufructu: & ſi promiſſor defunctus ſit, in partes hereditarias vſuff.obligatio diuiditur: id eſt, non niſi partes ſingulæ à ſingulis petuntur.d.l.5.de vſufruct. Tertiò, quòd ſicut pro parte acquiri vſusfructus poteſt, ita pro parte vel amitti, vel remitti poteſt.l.excepta,14,& l.placet,25,D.quibus modis vſusfr.amit.

l.cui vsusf.30, D.de vsuf.leg.l. & per iusiurandum, 13, §.1, de acceptil.quinetiam pars eius apud fructuarium manere potest: cùm altera pars ad proprietatem redierit.l.3, §.pen.D.quibus modis vsusf.amitt. Quartò, quòd ob vsumfructum duobus relictum, iudiciis diuisoriis agitur: inter coheredes, familiæ erciscundæ: inter alios, communi diuidundo.l.& puto, 16, D.fam.ercisc.l.communi, 7, §.cùm de vsuf.D.commun.diuid. Quintò, quòd eę demum res indiuiduæ dicuntur, quarum vsus pro parte nullus est: quarum separatæ partes nullum commodum præstant: veluti viæ, vel itineris. l.viæ, 17, D.de seruit.vel instrumenti rustici.l.quęsitum, 12, §.siquis eodem, D.de instr.vel insti.leg. Vsus autem fructuum (veluti frugum) ex parte commodè percipitur. Quare vsusf.non indiuiduus, sed diuiduus est. Quantum autem ad ius accrescēdi pertinet, nihil argumenti ex eo ductum valeret: propterea quòd passim traditur, Ius accrescendi in rebus perspicuè diuiduis locum habere. quinetiam iuri accrescendi nonnisi inter eos locus est, qui ab initio solidum habent. nam si partes factę ab initio fuissent, locus iuri accrescendi non esset.l.3, D. de vsuf.accresc. Contrà tamen vehementissimè multa pugnant. Primùm Regula philosophorum, (quorum de diuiduo vel indiuiduo disputationes maximè proprię sunt) Omne incorporeum indiuiduum est, auctore Arist.lib.3, de animo. qua de caussa animum dicunt esse totum in corpore toto, & in qualibet parte totum. facit l.arbor, 19, §.2, D. commun.diuid. vbi lex ait nullam communionem iuris separatim intelligi posse. Et hanc physicorũ Regulam

Regulam ſequuntur Doctores quamplurimi: vbi rationem de ſeruitutum indiuiduitate exquirunt. Cùm igitur omne incorporeũ ſit indiuiduũ, vſuſf. autem res incorporea ſit, l.1, in fi. de rer. diu. l.2, D. de vſuf. neceſſaria cõcluſio ſequitur, vſumf. eſſe indiuiduum: hoc eſt, eiuſdẽ naturæ, cuius ſunt ceteræ ſeruitutes omnes, tum reales, tum perſonales. & quoniam vnum omnium genus eſt, vnam quoque omnium naturam eſſe. Secundum argumentũ eſt, quod ex eorundem philoſophorum regula traditur, Quicquid eſt totum, cùm in partes diuiditur, interit: vt arbor diuiſa, arbor eſſe deſinit: & aratrũ diuiſum, aratrum eſſe deſinit. d.l. quæritur, de inſt. vel inſt. Vſusfr. autẽ eſt quid totum. l. Mæuius, 66, §. pen. D. de leg. 2. l. vſuſf. 7, in pr. l. item ſi, 9, in pr. D. de vſuf. vbi definitur omne rei emolumentum, omnis rei fructus vſquequaque, quicquid inde naſcitur, quicquid inde percipi poteſt. Ex quo neceſſariò conficitur, vſumf. natura ſui eſſe indiuiduum: neque diuidi ſine certiſsimo ac præſentiſsimo ſui interitu poſſe. Tertium argumentum eſt, quòd diuiſionis efficientia hæc eſt, vt ex vna rẽ plures fiãt. Itaque vbi vſusfr. inter duos communis per agri regiones diuiditur, plures vſuſf. fiunt. l. communi, 7, §. cùm de vſuf. D. commun. diuid. Vnius autem rei plures vſusfr. eſſe non poſſunt. l. duos, 14. D. de vſufr. leg. Ex quo neceſſariò concluditur, vſumfr. eſſe indiuiduum. Quartum argumẽtum eſt, quòd cùm vſuſf. facto & iure conſtet: l. vn. in pr. D. quãd. di. vſusfr. leg. ced. ſiue Factum in eo, id eſt perceptio fructuum conſideretur, ſatis conſtat omnia facta eſſe indiuidua. l. ſi is qui, 80. §. 1, D. ad leg. Fal.

siue Ius, iam antè dictum est, duos vnius rei vsusf. esse non posse: non magis quàm duas æstimationes. l. quod si nolit, 3, §. si quis egerit, 14, D. de ædil. edict. l. quia dicitur, 32, D. de euict. l. 2, §. si indemnatas. D. de admin. rer. ad ciuit. Quintum est, quòd dominium rei ex parte intelligi non potest. Vt scilicet alicuius sit pro parte, pro parte autẽ nullius. l. 3, D. pro derelict. Vsusfructus autẽ dominij species est. l. in venditionem, 8, D. de reb. auct. iud. possid. Quare etsi vsusfr. communionem recipit, non recipit tamen diuisionem. neque potest quis parte fundi vti & frui, parte nec vti nec frui. Itẽ libertinitas, l. alieno, 31. §. 1, de fideic. lib. Item seruitus, quæ homini ab homine debetur. l. si pariter, 7, de lib. caus. l. 1, §. communis, de stip. seru. Sextum est, quòd nemo vnquã dubitauit, vsum esse indiuiduum, propter l. vsus, 19, D. de vs. & hab. vbi Paulus ait, vsus partem legari nõ posse. Atqui vsus nihil aliud est, quàm vsusf. exiguus: siue fructus ad modum necessitatis vsuarij redactus. l. si alij, 42, D. de vsuf. Nam vbi vsus dicitur esse pars vsusfruct. (vt l. qui vsumf. 58, de verb. oblig. l. & per iusiurandum, 13, §. 3, de accept.) constat hoc intelligendum de parte homogenea, siue cognata: vt lapidis pars omnis, lapis dicitur: & fundi, fundus. l. planè, 34, §. vlt. D. de leg. 1. Quare sicut vsus sua natura indiuiduus est, sic etiam vsusf. neque plus & minus cadunt in substantiam: vt notum est omnibus ex Categ. Arist. c. de subst. & ex l. vlt. D. de instr. vel instr. Neque obstat quintum argumentum pro parte indiuiduorum: vt à postremo primùm ordiar, & hinc confutandi initium nascatur: quia subiectum

quo

quo vsusfr.constat,id est fructus diuidui sunt, iccirco vsumf.esse diuiduum:quę est doctissimorum ætatis nostræ Iurisconsultorum ratio, in d.l.1,§.si vsusf. D.Ad leg.Falc.quasi verò vsus non æquè vt vsusf.in fructibus consistat,& quemadmodum iisdem modis & constituitur,& amittitur, quibus vsusf.non etiam iisdem in rebus consistat.Quinetiã ista ratione verissimè aliud paradoxon inducetur. quia subiectum vsus diuiduum esse potest, atque adeò plerunque diuiduum est, iccirco vsum esse diuiduum. Cuius rei primum argumentum extat in l.4,in pr.& l.pen.§.1,D.de vs.& hab.vbi legatus proponitur vsus spatiosæ domus legatario ita tenui & angusto, vt totius domus vsum occupare non possit.nam modò parte vna domus,modò altera vti poterit.ex quo consequitur, spatiosæ domus vsum non modò pro parte legari vni posse,verumetiam duobus legari posse.quòd multò magis dicendum est quàm de habitatione.De qua tamen dubitari non potest,propter l.illi cum illo, 40,D.de vsuf.leg.Secundum argumentũ est,quòd cùm vni vsus,alteri fructus legatus est, non modò fructuarius habet quod vsuario superest,verùm etiam in vsu concurrit:id est, partem vsus habet.l.si alij, 42, D.de vsuf.l.per seruum, 14, §.vsu legato, D.de vsu,& hab.& apud Paulum lib. Sent. 3, tit.6,§.si alteri vsus. Tertium est, quòd non pauci casus reperiuntur, quibus vsusf.& vsus idem sunt:hoc est,vt neq; plus illo quàm hoc, neq; minus hoc quàm illo cõtineatur:veluti si pecuniæ vsus constituatur.l.5,§.pen.& l.quoniam, 10, D.de vsuf.ear.rer. Itẽ si modicus vsusf.alimentorũ vice

ſit relictus.l.cùm hi,8,§.ſi in annos, D.de trãſact. aut ſi tã exile prædium ſit, vt ex fructib.nihil præterquã quod ad ſubleuandam vnius hominis neceſſitatẽ ſatis eſt,redigi poſſit.l.fundi,15,D.de vſ.& hab. Item ſi vſus ſyluæ conſtituatur.l. pen.D.eod. Quartũ eſt,quòd vſus rei corporalis plurib.conſtitutus, pro indiuiſo in ſolidum cuiuſque eſt.l.5,§. vlt.D.commod.vbi præclara exẽpla proponuntur vſus balnei ,porticus,nauigij:quibus rebus nihilominus vnus vtitur,quãuis eodem alter vtatur.qua de cauſſa vſus earũ rerum vniuſcuiuſq; eſt in ſolidum:ſed tamen pro indiuiſo,ac proinde pro parte. Quæ cùm ita ſint,perſpicuũ eſt,non modò vſumſ. ſua natura eſſe indiuiduũ:verumetiã (quod æquè nouum eſt)vſum effectu plerunq; diuiduũ appellari. Quare videndũ eſt,quemadmodum hæc quæ pugnantia vidẽtur conciliari poſſint.Primùm igitur intelligendũ eſt, quãuis interdum neque pars iuris,neque ius partis dici poſſit: vt neque libertas aut manumiſsio partis, neque pars manumiſsionis dici poteſt:l.cum duobus,13,C.de inoff.teſt.l.pariter,9,l.duobus,30,de li.cauſſ.l.alieno,31,§. 1,de fideic.libert.tamẽ interdũ dici ius partis,nõ partẽ iuris.nã dominiũ partis dicitur paſsim ſiue certę ſiue incertę:id eſt,ſiue pro diuiſo,ſiue pro indiuiſo. At pars dominij vt res pro parte ſit alicuius,pro parte nullius, non dicitur,d.l.3.D.pro derelict.habitatio partis dicitur in l.illi cũ illo,40,de vſuf.leg.pars habitationis non dicitur,nõ magis quàm vſus.l.vſus, 19,de vſ.& hab.Inſtrumentũ partis agrorum dicitur:pars inſtrumenti non dicitur,l.quæſitum,12,§. quis eodem, D.de inſtr.vel inſt.leg.Forma & opus

pus effectum partis dicitur: pars formæ aut operis nō dicitur.l. tales,12,D.de cond.& dem.l.si is qui, 80,§.1,ad leg.Falcid.l. fideicommissa, 11,§.pen.de leg.3. Eodem igitur modo verè propriéque dicitur vsusf.partis fundi aut ædium: pars vsusf.verè propriéque dici non potest: & si quando dicitur, impropriè & per fictionem atque abusiuè dicitur. Secunda superiorum argumentorum solutio hæc est,quòd vsusf.per se ac sua natura indiuiduus est, vt ceteræ seruitutes omnes & iura.d.l.arbor, 19,§. 2,D.com.diuid.per accidens autem & propter vsum vitæ communis,diuiduus est.denique subtilítate indiuiduus est,vtilitate diuiduus:cuius rei exēpla sunt in iure nostro innumerabilia. Primùm in speciebus,veluti Sticho,vel Pāphilo.nā etsi Pāphilus natura sua indiuiduus est(qua de caussa indiuiduū ab Aristotele & Peripateticis appellari solet) tamē propter cōmunē vtilitatē & vsum vitę diuiduitatē ac partitionē recipere dicitur:partiū scilicet intellectarū,siue pro indiuiso.l.5, D.de stip.seru.l. 1,§.cōmunis.D.eod.l. Mæuius,66,§.duorū,de l.2, vbi pro NEQVE sine dubio legendū est NANQVE. quod etiā Haloander & Alciatus iampridem animaduerterunt.Sic Cautio dāni infecti ex parte vitiosarum ædium diuidua est : ex parte damnum metuentis,indiuidua.l.plures,27, D.de damn.inf. Item opus ex quo damnum infectum timetur,indiuiduum est:tamen pro parte tantum cauetur.l. supra iter,11,§.3,de aq.& aq.plu. Res iudicata natura indiuidua est.l.in hoc iudicio,29, D.fam.ercisc.tamen in plures lata diuidua est.l.siquis separatim, 10,§.2,de appell. Ex contrario quædam

natura diuidua sunt, sed propter communem vtilitatem, indiuidua: veluti ager vectigalis, & prętatio vectigalis. l. communi, 7. D. commun. diuid. Item iugum mularum vno pretio venditum, si de redhibitione agatur. l. ædiles, 38, §. si fortè, 8, D. de ędil. edict. Itē mortis caussa capio. l. qui duobus, 23, D. de cond. & demōst. Itē plures res datæ pignori. l. qui pignori, 19, D. de pign. Itē pretiū emptionis, cùm plures emptoris heredes sunt. l. fistulas, 78, §. qui fundum, D. de contr. empt. Similiter vsus natura interdum violatur, vt ex vsu vsusfr. fiat: quia hoc (inquit Paulus) propter necessitatem fit. l. item quāuis, 10, §. 1, D. comm. diuid. Sic vestibulum cōmune binarum ædium, quanuis natura diuiduum sit, vt quilibet fundus, tamē interdum propter necessitatem est indiuiduum. d. l. arbor, 19, §. 1, D. eo. Quid verbis opus est? constat inter omnes, nihil magis indiuiduum toto iure nostro censeri, quàm seruitutes prędiales. Et tamen videmus eas per accidens, hoc est propter vtilitatem, fieri diuiduas. & modò mensura, modò temporibus diuidi. l. arbor, 19, in fin. D. comm. diuid. l. via, 5, §. 1, D. de seruit. Nam si certa itineri vel viæ regio definita sit, sola illa serua est: ceteræ omnes liberæ. l. certo, 13, §. 1, D. de seruit. rustic. l. si cui, 9, D. de seruit. atque ita quæ natura indiuidua erat seruitus, eadem per accidens fit diuidua. Et hoc est quod dicitur, Modum imponi seruitutibus posse. l. 4, §. 1, D. de seruitut. nimirum propter contrahentium vtilitatem: vt modò dictum est. Itaque Accursius in l. si cum duorum, 32, D. de stipul. ser. Vsusfructus, inquit, diuidi non potest. quanuis fructuum percipiendo-

cipiendorum diuidatur vtilitas vtili iudicio communi diuidundo, secundum R. Et paulo pòst, Est enim vsusfructus, ius vtendi. & ita quoddam simplex indiuisibile: licet vtilitas percipiendi diuidatur. Hæc ille. Ex quibus ita disputatis cõcludi potest, nihil esse absurdi, si vsusf. qui sua natura indiuiduus est, per accidens, & propter facilem fructuum diuisionem fictione dicatur diuiduus: cùm etiam in vsu & seruitutibus prædialibus, de quarum indiuiduitate dubitari non potest, idem interdum accidere soleat.

Hereditas vtrum diuidua, an indiuidua sit.

QVAESTIO XXI.

DIVIDVA videtur hereditas, multis de caussis. Primùm, quia passim in libris nostris traditur, hereditatem diuidi in XII vncias, quæ assis appellatione continentur. l. interdum, 13, §. 1. & l. seruum, 50, §. vlt. D. de her. inst. §. & vnum, 5, Inst. ill. tit. Secundum argumentũ est, quòd lege XII tab. inter coheredes volentes à communione discedere, iudicium diuisorium cõstitutum est, quod Familiæ erciscũdæ appellatur. l. 1, & pass. D. famil ercisc. Tertium, quòd eadem lege constitutum est, vt nomina defuncti, siue suum, siue alienũ æs esset, inter heredes pro cuiusque parte diuisa sint. l. vlt. C. de act. her. l. 6, C. fam. ercisc. l. heredes, 25, §. idem iuris, D. eod. Quartum, quòd Vlpianus scribit in l. quoties, 9, §. heredes, D. de her. instit. heredes iuris successores esse: & si plures in-

stituantur, diuidi à testatore inter eos ius oportere. quod si non fiat, omnes æqualiter heredes esse. vbi apertissimè scribitur, ius à testatore diuidi. Quintum est, quòd in iure nostro ea dicuntur diuidua, quorum vsus diuisus est. l. viæ, 17, de seruit. id est, quorum partis vsus per se cōstat. Indiuidua verò dicuntur, quorum partis vsus nullus est. vt fons, vel puteus diuiduus est. l. 4, D. comm. diuid. Aratrum indiuiduum est, quia partis eius vsus est nullus. l. quæsitum., 12, §. siquis eodem, D. de inst. vel instrum. leg. Cùm igitur singulæ partes hereditatis vtiles sint, consequitur, hereditatem esse diuiduam. Ex contraria verò parte pugnant, primùm argumenta superiore proxima quæstione proposita. Nam quātum ad primum, hereditas est ius & res incorporalis. l. 1, De rer. diu. l. pecuniæ, 178. l. hereditatis appellatio, 119, D. de verb. sign. & absque vllo corpore iuris intellectum habet. l. hereditas, 50, D. de pet. her. Quantum ad secundum, hereditas definitur vniuersitas, siue successio in ius vniuersum alterius. l. bonorum, 208, l. nihil est, 24, D. de verb. sig. l. hereditas, 62, D. de reg. iur. l. cùm heres, 11, D. de diu. & temp. præscr. Itaque cùm heres sit successor vniuersalis, sequitur, vt hereditas diuidi non possit. l. quædam, 9, §. 1, de edend. Quātum ad tertium attinet, per diuisionē fieri plures hereditates non possunt. nam vnius hominis duæ non intelliguntur hereditates. l. iurisperitos, 30, §. 1, D. de excusat. l. quod contra, 141, §. 1, De reg. iur. veluti testamētaria, in instituto: & legitima, in suo vel agnato. nā iure ciuili nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedit. l. 7, de reg. iur. Et huc pertinet

tinet formula antiqui iuris, vt in teſtamentis per æs & libram vnicus familiæ emptor adhiberetur. §.1, De teſt.ord. & apud Vlp. in Regul. & Caium in Inſt. Quantum ad quartum, ſatis conſtat hereditatem eſſe ſpeciem dominij. Itaque dominium appellatur in l.2, §.vlt.D.de bon.poſſ.ſec.tabu.heres enim nihil aliud eſt, quàm dominus. §.vlt. de hered.qual.& diff.l.1, in princ. D.de ſucceſſ.edict. Vt igitur dominium diuiſionem non recipit, l. 3, D.pro derel.ita hereditas. nam qui totam hereditatem acquirere poteſt, is pro parte eam ſcindendo adire non poteſt. l.1, D.de acq. hered. & inſtitutus in re certa, vel ex certa aſsis parte, in vniuerſum aſſem inſtitutus intelligitur. l.1, §.ſi ex fundo, & l.ex facto, 35, D.de her.inſt. l.interdum, 13, §.1.D. eod. §.& vnum, 5, Inſt.eo.& qui partem hereditatis adit, totam hereditatē adire intelligitur. l. quidam, 20. C.de iur.delib. Quintum inducitur ex eo, quòd heres dicitur is qui in defuncti locum ſuccedit. l.ſi is qui, 34, D.de iud. Succedere autem eſt factum, ac proinde indiuiduum. l.is qui, 80, §.vlt. D.ad leg. Falc. Sextum argumentum ſuppeditat l. 1, §.2, D.ſi pars hered.pet.& l.Pomponius, 8, de rei vind.vbi Vlp.ait, hereditatis poſſeſsionem indiuiſam eſſe.neque enim hereditatē pro diuiſo à pluribus poſsideri poſſe: adeò vt coheres quãuis ſuam tantùm partem poſsideat; cùm extraneus alteram teneat, tamen coheredi ſuo ſubtili ratione petitione hereditatis teneatur. Quinetiam adeo indiuiduam hereditatem eſſe, vt ſi tres ſint, quorum ſinguli trientem poſsideant, is ad quem ſemis pertinet, ſingulos cogat ſextantem reddere: vt ipſe

quoque postea sextantem de suo triente restituat. §.item si,eadem l. Primùm igitur intelligendum est,hereditatẽ dupliciter vsurpari.propriè,pro iure,quod incorporale est:impropriè verò & abusiuè,pro rebus hereditariis. Nam propriè ius ipsum successionis demonstrat,non res singulares.l.bonorum,208,De verb.sig.l.3,D.de bonor.poss.Impropriè verò Cicero in Top.hereditatem definit, pecuniã quæ morte alicuius ad alterum peruenit. Nã aliud est hereditas, aliud res quæ per eam acquirũtur.§.2,Inst.de reb.corp.& incorp. Neq; satis considerate Seneca scribit de benef.6, Iuriscõsultorum argutas esse ineptias,qui hereditatem ne gant vsucapi posse, sed ea quæ in hereditate sunt. Nam cùm hereditas sit incorporalis, cadere in illã vsucapio nõ potest.l.seruitutes,14,D.de seruit. Itaq; venditor hereditatis euictionẽ non prestat.l. 2,D.de her.vend.quia vendit,non quod certè est, sed quod fortasse est:vt si fortè nihil sit,nihil vendat:si denique plus dãni sit quàm lucri,id vendat. l.hereditatis,119,De verb.sig. Et eadem de caussa possessoria hereditatis petitio etiam in eum qui rẽ nullam possidet,sed ius tantùm quasi possidet,cõceditur.veluti in debitorem hereditarium.l.regulariter,9,D.de hered.pet. Secundò intelligendum est, Totum vniuersitatis hereditariæ dupliciter considerari. Primùm, vt totum integrale: deinde vt vniuersale,id est,ὅλον καὶ καθόλου:vt præclarè docet Aristot.Metaphys.4.à capite, ὅλον λέγεται &c. Nam locum ascribere nimis longum videretur. Illud corporale est,quod tribus corporum generibus constat, quorum insignis est descriptio in vulg.

vulg.l.rerum mixtura,30,D.de vſurp. Hoc incorporeum eſt,& iure conſtat: atque vniuerſitas iuris ſine corporis intellectu appel[illegible]ur.l.hereditas,50, De her.inſt.Cùm autem neque corporalis res, incorporalis pars dici poſſit, neque viciſſim hæc illius, præclara & ad vſum vitę & ad oblectationem animi doctrina colligitur, vt nulla res hereditaria pars ſit hereditatis.l.quanuis,14,D.ſiq.omiſſ.cauſ. teſt.adeo vt nec legatum pars hereditatis ſit: l. qui fundũ,87,§.3,Ad leg.Falc.nõ magis quàm res peculiaris,pars eſt peculij.l.4,§.ſi ære,D.de pecul.& res dotalis,pars dotis.l.1,in fi.princ. D.de dot. releg.l.quòd dicitur,5,D.de impenſ.in res dotal. Eiúſque rei euidens argumentum eſt in ſeruitutibus,quæ cùm natura ſua indiuiduæ ſint,quantumuis multi heredes ſcribantur, quantumuis multæ hereditatis partes fiant,tamen non diuiduntur,ſed in ſolidum tum omnibus,tum ab omnibus debentur,vulg.l.2,cum ſimil.D.de verb.oblig. Quę cùm ita ſe habeãt,ſecundum vtranque hanc diſtinctionem concludendum eſt:cùm hereditas propriè vereque vſurpatur,hoc eſt pro toto vniuerſali, ſiue pro iure vniuerſitatis, eam eſſe indiuiduam. Cùm autem impropriè pro rebus hereditariis vſurpatur, &pro toto integrali,tum appellari diuiduam.Vnde ſolutio contrariorum argumentorum omnium perfacilè intelligitur. Nam quantum ad primum, conſtat partes aſſis non dici niſi rerum hereditariarum.Quantum ad ſecundum, nemo neſcit Familiæ verbum in lege XII tab. pro bonis & rebus hereditariis vſurpari.l.pronuntiatio, 195, §. 1, De verb. ſig.ac propterea familiæ erciſcũdæ iudicium

dici, quia iudex familiæ ercifcundæ non hereditatem diuidit,fed res hereditarias. Tertium autem argumentum eiufmodi eft,vt retorqueri in cõtrariam partem poffit. nam ex eo ipfo quod lex XII tab. hanc hereditariarum rerum partem diuifam effe voluit, colligitur & eam fua fponte ac natura indiuiduam fuiffe, & reliquas de quibus lex nihil cauit, indiuiduas effe.arg.vulg.l.prætor,10, D. de iud ic.Eiúfq; rei exemplũ eft in l.adeò, 7,§.in fuo, D.de acq. rer.dom. vbi tigni iniuncti dominium, quod tranflatum non fuerat,vindicari iure ordinario poterat. fed propter legem XII tab.& ius extraordinarium vtilitatis publicæ cauffa ab illa inductum,vindicari prohibetur.l.1,D. de tig.iniũct. l.6,D. ad exhib.l. in rem actio,23, §. tignum, De rei vind.Sic cùm hereditaria nomina indiuidua natura effent,vtilitatis publicæ cauffa, lege XII tab. fancitum eft, vt ipfo iure ac fine familiæ ercifcundæ iudicio pro partibus hereditariis diuiderentur. Quantum ad quartam obiectionem, fatis conftat, omnes coheredes vfque ad familiæ ercifcundæ iudicium in communione manere. l. non poffumus, 7,D.fi pars her.pet.& l.1,D.fam.erc. Repugnant autem,partes hereditatis diuifas à teftatore fuiffe, & poft eius mortẽ communionem manere. Nam quæ iuris communio feparatim inter plures intelligi poteft?ait Paulus in l.arbor, 19,§.2, D. comm. diu.Neceffe eft igitur, cùm dicimus hereditatem & ius à teftatore inter coheredes diuidi,fignificari partes pro indiuifo.quod apertè oftendit textus d.l.non poffumus,vbi effectus petitionis hereditatis effe dicitur, vt hereditatis partes pro indiuifo poffi-

poſſideantur. Poſtremum autem argumentum à parte ad totum integrale, ad res hereditarias pertinet: cuius ſolutionem ſuperius expoſuimus. Ex quibus perſpicuum eſt, hereditatem ex eorum eſſe numero, quæ communionem recipiunt, diuiſionem non recipiunt.

An debitor ſolutionis partem offerens, inuito creditore pro ea liberetur.

QVAESTIO XXII.

De hac quæſtione pugnantia videntur ſtatui à Iuliano & Modeſtino, in l. quidam, 21, D. ſi cert. pet. & l. tutor, 41, §. 1, D. de vſur. Sed adhibenda trium temporum diſtinctio videtur. Primum mouendæ controuerſiæ, quod eſt ante litis conteſtationem: hoc eſt, prius quàm in ius ad Prætorem adeatur. l. diuus, 5, & l. ſed & ſi lege, 25, §. ſi ante litem, D. de petit. her. l. 1, C. de lit. conteſt. Alterum in litis conteſtatione, quæ apud Prætorem in iure fiebat. vt d. §. ſi antè, & multis peruulgatis. Poſtremum tempus eſt, cùm apud iudicem à Prætore datum cauſſá diſceptatur. l. ſi reus, 73, D. de procurat. l. Aediles, 25, §. item ſciendum, D. de Aedil. edict. Ergo ſi ante litem conteſtatam cùm debitorem creditor appellat, partem debitor offerat, creditor autem recuſet, quanuis eam debitor obſignet, eius tamen partis vſuras non ſiſtit. Atque ita Modeſtini locum accipiēdum arbitror, in d. l. tutor, De vſur. vnius enim obligationis vnā eandémque indiuiſam ſolutionem eſſe oportet:

quò pertinet l.Iulianus,13,§.offerri,D.de act.emp. Bona autem vtriusque gratia solutionem partis & sortis debitam imminui, & eius vsuras sisti, cõstat ex l.stipulatus sum,9,§.1,De solut. Qui decem debet,inquit, partem soluendo, in parte obligationis liberatur:& reliqua quinque sola in obligatione remanent. Vbi autem ad Prætorem vẽtum est, tum si iusta caussa Prætori videbitur,pro iure Imperij & magistratus poterit iubere creditorẽ oblatam partem accipere, & pro ea parte litem imminuere.veluti si debitor partem se debere fateatur,partem inficietur.quò pertinet d.l.quidam,D. si cert.pet.cui iungenda est l.permittendum,8, D. si pars he.pet. Nam etsi quod Iulianus ait, officiũ Prætoris esse,lites diminuere,pinguius intelligi sic potest, quasi pars de sorte & sortis vsura detracta sit:&creditor de reliquo tantùm litigare cogatur: tamen vetus verbũ esse animaduerto, Lites diminuere,pro disceptare, & dirimere.vt in l.2, D.de acq.& aq.plu.& apud Cæsarem lib. 5,Habere sese quæ de re communi dicere vellent, quibus cõtrouersias minui posse sperarẽt.Et lib.6, In pace nullus communis est magistratus:sed Principes regionum atque pagorum inter suos ius dicunt, cõtrouersiásque minuunt.Item apud Cic.Acad.2,Sed vt minuam controuersiam, videte quæso &c. Quod si creditor recuset,nihilominus Prætor eum compellet: quia iudicium nonnisi in reliquam partem dictabit.Eiúsque imperij exẽplum est in l.si cuius, 13,§.sed si,D.de vsuf.l.3,§.3,D.de susp. tut.l.3, §.3, D.de Carbon.edict.l.item quanuis,10,§.1,D.cõm. diuid. Cùm autem ad Iudicem res deuenit, quia

Iudex priuatus ac ſine Imperio eſt, neque quicquam, niſi quod ſui iudicij eſt, ſtatuere poteſt, & in ſtricti iuris iudiciis ad ſummam à Prætore præſcriptam aſtrictus eſt: tum verò non dubium eſt, quin nulla ipſius in creditoris iure deminuendo poteſtas ſit. l. vt fundus, 18, D. comm. diu. d. l. ædiles, De ædil. edict. & l. pen. D. de confeſſ. Et huc pertinet l. lecta, 40, D. ſi cert. pet. cuius hæc ſententia eſt, Pactum de ſorte per partes ſoluenda ſtatim poſt ſortis & vſurarum ſtipulationem adiectum, in ſtipulationem diffuſum eſt: & vſurarum obligationem pro rata penſionum diuidit. Cauſſæ autem conſtitutio hæc eſt. P. Mæuius credidit Titio centum aureos. ſtipulatus eſt eos ſibi Kal. proximis reddi, & niſi reddantur, vſuram centeſimam, id eſt, vnum menſtruum aureum in centenos. Pòſt conuenit inter illos, vt ſortem particulatim ſoluere liceret. Primæ Kal. ſine ſolutione abierunt. Mæuius integrę ſortis vſuram petit. Titius ſolius primæ penſionis non ſolutę vſuram offert. quaſi pactum ſtipulationi continenter adiectum per omnes eius partes diffundatur, eámq; vniuerſam immutet, atque actionem informet. Paulus reſpondit, pactum de ſorte per partes ſoluenda, ad vtranque ſtipulationis partem, hoc eſt, ſortis & vſurarũ pertinere. Et quanuis vſurę pecuniæ creditę deberi ex pacto etiam ſtipulationi continenter adiecto non poſſint, l. Titius, 24, D. de præſc. verb. l. ſi tibi, 17, D. de pact. l. 3, C. de vſur. tamen hoc caſu vſuras non ex pacto, ſed ex ſtipulatione per pactum renouata & reformata deberi. deinde quia vſurę pecunię credite non ipſo iure, ſed ex mora tantum

debentur,l.1.& l.3, C.de vsur. Ex quo intelligitur, pacta continenter adiecta stipulationibus, vim ex iis,quasi in ipsas insita,ad pariendam actionem assumere.l. petens,27, C. de pact.ac proinde pacta incontinenti apposita ęquè inesse stipulationibus, vt bonæ fidei contractibus.l.7,§.1,De pact.l.in bonæ,13,C.eod.Patet igitur, casum illum esse vnum, quo creditore inuito pars obligationis soluitur: cùm scilicet obligatio pactione diuisa est. Alter adiungi casus potest,cùm obligatio lege diuisa est: velut inter coheredes.l. cetera, D.fam.erc.l.1,C.si cert.pet.l.2,§.1,De verb.obl.Tertius est,cùm creditor cōsentit, & partis solutionem acceptam habet.l.9.§.1,D.de solut.

An de crimine pacisci,aut transigere liceat.

QVAESTIO XXIII.

PERPLEXA disputatio est, & quæ tractari dilucidè, nisi subtili distinctione adhibita, nō potest.Nam octo species sunt, quarum de singulis, singulæ ferè sententiæ proponendæ sunt. Primùm enim aut de crimine capitali pactio fit,aut de non capitali.l.transigere,18,C.de trāsact. Secundò vel in actoris, vel in rei persona pactio considerāda est. Tertiò vel ante iudicium,vel post iudicium constitutum pactio fit. l.1,§.2, D. de calum.Postremò vel pactum fit,vel transactio:id est, cōuentio fit vel de re certa,& gratis: vel de re ambigua,& aliquo dato aut remisso.l.1, D. de trans.l.

trans-

transactio,38,C. eod. Prima igitur enuntiatio hæc esto, Actor de crimine capitali ante constitutum iudicium impunè paciscitur,at non impunè trāsigit. Actorem autem abusiuè appello, nō reipsa sed vi ac potestate, pro eo qui crimen comperit, & actor esse potest,vt ei qui crimen commisit opponatur. Eius autem sententiæ testimonium est in l. 2, D.de concuss. vbi qui ob non accusandum pecuniam accepit, cōcussionis tenetur. & l.qui accusare,8,D.de accus. vbi qui ob non accusandū pecuniam accepit, quasi turpē quæstū fecerit, ab accusatione remouetur. eodémq; pertinet l.siquidem, 9.C.de contrah.stipul. Atque hæc quidē de transactione. De pacto verò,generalis regula est, neminem prohiberi gratis suam iniuriam remittere. l.mariti,29,§.plectitur, D.de adult.l.qui cœtu,5.§. 2,D.de vi pub.Seq.II.Reus de crimine capitali ante cōstitutū iudiciū siue paciscatur,siue trāsigat,nihil agit.quoniā cuiuis alteri aduersario expositus est, cuiusuis alterius persecutioni patet atque obiectus est:cùm publica iudicia dici constet, quòd cuiuis de populo pateant.l.I,D.de pub.iud. & publica coercitio priuatorū pactione non tollatur.l. 5,D.de pac.dot.Et hoc est quod traditur in l.iurisgentium,7,§.si paciscar,l.si vnus,27,§.pacta,D. de pact. de iis rebus quæ publicam læsionem attingunt, pacisci non licere. Item de incensis ædibus & de vi, quatenus publicam læsionem attingunt, pacisci non licere. Non enim pacisci iure vllo disertè ac nominatim prohibitum est: sed ea de re facta pactio nullius momenti est: quoniam de iis demum rebus negotium rectè gerimus, quæ

in noſtro commercio ſunt. l.inter ſtipulantem,83, ʃ.ſacram,D.de verb.obl. Seq.111.In crimine capitali actor poſt conſtitutum iudicium, neque paciſci,neque tranſigere impunè poteſt.Primùm,quia lędi Reſpublica per eiuſmodi pactiones videtur, cùm eius interſit atrocia & capitalia crimina puniri;qua de cauſſa qui pactiõe accuſationẽ deſerit,in Turpilianum S.C.incidit.l. 6. & l.cui ſenatuſconſultum,15,D.ad S.C.Turp.l.2, & l. pen. C. eod.l. ſerui,23,C.de adult.cuius pœna eſt infamia, mulcta pecuniaria,& extraordinaria coercitio. l.2, C. eod.l.3,D.de præuar.l.1,& l.2,C.vt int. cert. temp. Deinde, qui accuſant,cauẽt ſe perſeueraturos vſq; ad ſententiam : & pœnæ talionis ſubiiciuntur. l.ſi cui,7.D.de accuſat.l.vlt.C. eod. Seq. 1111, In crimine capitali reus poſt conſtitutum iudicium paciſcens,aut tranſigens,nihil agit:id eſt, ſibi neque prodeſt,neque obeſt.l.1, D. de bon. eor. qui ant. ſent. vbi ei ignoſci dicitur, qui ſanguinem ſuum quoquomodo redimere conatur.Itémque in l.vlt. D.de præuar.Qui verò ex reis propter accuſatoris defectum eximitur, repeti ab altero poteſt, l. 3,ʃ. vlt.& l.ſi tamen, 11,ʃ.vlt.D.de accuſ. Fruſtra ergo Reus paciſcitur, quia pactiones de re ad publicam læſionem pertinentes nullius momenti ſunt. De iis enim rebus paciſci tantùm poſſumus, quæ (vt Vlpianus ait)ad rem familiarem pertinent. d. l. 7, ʃ.ſi paciſcar. D. de pact. Qui tamen iudicem corrumpere conatus eſt, relegationis pœna mulctatur.l.1,& l.qui duobus,21,D.de falſ.l.1,C.de pœn. iud.qui mal.In cauſſis autem fiſcalibus qui delatorem corrumpit,pro conuicto habetur.l. vlt. D. de præua-

præuaric.quæ(vt inſcriptio declarat)ad cẽſus pertinet.l.eius qui,29, d.l.Imperatores,34,de iur.fiſc. Magnopere autem obſeruandum eſſe, fateor, & conſiderandum, quod Antoninus conſtituiſſe dicitur, vt cùm reus aduerſario pecuniam in cauſſis aut publicis aut priuatis dedit,lis pereat, & actio amittatur.l.1,C.de pœn.iud. l. 1,§.2.D.de calumn. Nam ſi Actionem amittere,pro cauſſam amittere, & cauſſa cadere,dictum eſt:nouum & omnino inauditum ius ab Antonino introductum fateri oportet.Ac planè dubitandi cauſſam mihi iam ſublatam animaduerto ex l. 2, D. de cond. ob turp, cauſſ. vbi Vlp. ſcribit, non ita pridem hoc ab illo ſuo Imperatore conſtitutum fuiſſe, vt qui pecuniam dediſſet, litem perderet. quod ſummopere notandum eſt.Conſtitutionis autem æquitas hæc fuit, quia fateri crimen videtur, qui pecunia cum accuſatore paciſcitur.l.5, D. de his qui not.infam. Seq.v, In criminibus non capitalibus, actori tum ante,tum poſt conſtitutum iudicium,& paciſci,& tranſigere impunè licet.d. l. iuriſgentium, 7, §. ſi paciſcar,l.ſi vnus,27,§.pacta,D. de pact. Itémque in l.1, §.2,D.de calum.vbi Vlp.ait,non eſſe tranſactionibus interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus.quò pertinet l.nec timorem,7.§.1,& l.ſeq. D. quod met.cauſſ. l. auxilium, 37. D. de minorib. Neque obſtat quod Martianus ait,ſi quis ab accuſatione citra abolitionem deſtiterit,punitur.l. 1,§. 4,D.ad Turpill.quia qui ſua ſponte deſiſtit, tacitè ſe ipſe calumniæ condemnat.qui tranſigit, & gratificari reo, & de re dubia litéque incerta paciſci intelligitur. Hîc illud notandum eſt, ſolum adul-

terij crimen excipi: de quo transigere non licet.l. de crimine,10,C.de adult.quæ perspicuè de actore loquitur.nam olim capitale illud non fuisse,sed solam relegationis pœnam habuisse, multi eruditi iampridem docuerunt: partim ex arg.l.siquis viduam,D.de quæst.partim ex eo quod lex Iulia damnatas adulterij vxores duci, & testimonium dicere vetat.l.mariti,29,De adul.l.Claudius,13,D.de his quæ vt ind.l.ex eo,18,D.de testib. Primi Constans & Constantius capitis supplicium irrogarũt. l.quanuis,30,C.de adulter.iuncta l.4,C.TH.quor. app.non rec.De adulterio ergo pacisci quidem, id est gratis remitti licuit:transigere nõ licuit.l. mariti,29,§.plectitur,l.si maritus,15, §. si negauerint, D.de adulter.d.l.de crimine,10,C.eod. l. iste quidem,8,D.quod met.causs. l. auxilium, 37, in fi.D. de minor.Solum autem adulterium excipi, argumento ex contrariis concludi licet:hoc modo,De adulterio,quod non capitale est,transigere non licet, Ergo de aliis non capitalibus licet.l.cùm pretor,12,D.de iud.d.l.ex eo,18,D.de testib.Eius autem exceptionis caussa perspicua est, quoniam actor de comperto adulterio transigens lenociniũ admittere videtur.l.2,§.2,l.miles,11,§.socer,& l. is cuius,14,D.de adult.tametsi quod accepit,condici ab illo non possit:propterea quòd dantis & accipientis turpitudo versatur. l. 4, D. de cond. ob turp.causs. Quæ cùm ita se habeant, veterem meã coniecturam retineo,vt in d.l.transigere,18, C.de transf. particula NON alieno loco posita in priorem locum restituatur: & textus legis ad veteris iuris rationem aptissimè & conuenientissimè sic lega-

legatur, Transigere vel pacisci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. vt Rescriptum illud non ad reum, vt plerique existimarunt, sed ad actorem pertineat. in quo momentum omne positum est. Quod enim sequitur, si affirmatè legatur, & ad actorem referatur, aptissimè cum tertio nostro superiore pronuntiato quadrabit: In aliis, inquit, publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam ingerunt, transigere non licet accusatori: propter eas caussas quas superius exposuimus. Quod autem superest, CITRA FALSI ACCVSATIONEM, sic interpretor, quasi dictum esset, Sine falsi crimine: vel Nisi falsi accusationem subire velit. nam CITRA pro SINE, vsitatum esse, nemo nescit. vt l.1, C. si alien. res pign. l. 1, §. 1, De pign. l. falsus, 19. C. de furt. l.3, D. de vsur. Falsi enim tenetur is qui, vt verum non appareat, quid celauerit. l. instrumento, 16, D. de fals. Item qui ob non dicendum testimonium pecuniam acceperit. l. 1, D. eod. Quantum autem ad crimen falsi, primùm illud scire oportet, illud inter capitalia numerari: quoniam eius pœna plerunque mors est. l.1, l.5. C. ad leg. Corn. de fals. & apud Paul. Sent. 5. tit. 25. §. 1. Quapropter ad Regulas de capitalibus superius positas illud redigẽdum est. neque enim huc pertinet l.2, C. de his qu. vt ind. Nam ibi transactio facta fuerat à Polla defuncta, de testamento nõdum suspecto: post cuius mortem tutor pupilli nomine falsum illud dicere volebat. Nihilo magis aduersatur l. ipse, 7, C. de satisd. quæ de transactione quidem loquitur, sed non de instituta falsi accusatione: verùm de negotio principali, & lite pecunia-

ria, propter quam falsum quoddam instrumentum adhibitum fuerat. Magis vrget l. pen. in fi. C. de transſ. Nisi fortè, inquit, de eo quod falsum dicitur, controuersia orta decisa sopiatur. Sed facilis & expedita tum ad hanc, tum ad superiorem obiectionem solutio est: falsi agi posse, & criminaliter, & ciuiliter. l. de fide, 16, l. pen. & l. vlt. C. de fals. Si criminaliter actum est, superiores regulas sequendas esse: sin ciuiliter, eodem modo transactionem valere, vt in ceteris omnibus caussis pecuniariis. Superest VI, In crimine non capitali Reus siue ante, siue post constitutum iudicium transigat, infamia afficitur: pacisci autem & sine infamia potest. l. 1, l. 4, §. vlt. & l. 6, §. pactus, De his qui not. inf. l. nō damnatos, 18, C. eod. vbi qui furti, rapinæ, iniuriarū, de dolo & fraude pecunia pactus est, infamia notari dicitur: quippe, cùm intelligatur fateri crimen qui transigit. l. 5, D. eod. At qui gratis pactus est, infamia nō notatur. d. §. pactus. & l. nō damnatos. Neque obstat d. l. iurisg. 7, §. si paciscar, & d. l. si vnus, 29, §. pacta, D. de pactis. & l. post decisionem, 13, C. de fur. l. interdum, 59, §. vlt. D. eod. vbi dicitur de furto & iniuriis pacisci licere. hoc enim ad pœnam vitandam pertinet, quæ olim corporalis fuit: pòst verò pecuniaria Prætoris edicto facta est, vt in XII tabul. docuimus. atque ita intelligenda est Pauli sententia, siue illius sit, siue non sit, quā nonnulli protulerunt: De criminibus propter infamiam nemo cum aduersario pacisci potest: id est, de criminibus reo pacisci non licet, nisi infamiam subire quàm pœnam malit. Hîc quæstio exoritur de crimine adulterij, An reo transigere

liceat.

liceat. de qua quæstione omnes, quos videre licuit, putant tractari in d.l.transigere,18,C.de trãs. Sed iam antè ex posteriore clausula demonstratum est, eam ad accusatorem pertinere. Sicuti negari non potest, d.l.de crimine,C.de adulte.ad ipsum accusatorem, non ad reum referendam esse. Quantum enim ad reum attinet, quomodo dubitari potest, nihilomagis licere de adulterio, quàm de minoribus delictis sine infamia transigere? Quare siue mulier, siue vir adulterij accusatus est, perabsurdum videtur, existimare in d.l.transigere, crimen adulterij exceptum, ne accusato de illo transigere liceat. Neque aduersatur d.l. de crimine, quæ ad accusatorem, vt diximus, apertissimè pertinet. Quanuis enim legendum quidam putet, Par delictum esse accusatoris, præuaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem: tamen neq; vulgata lectio quicquam habet incommodi: vt accusator qui per transactionem ab inquisitione veritatis desistit, æquè infamis sit, æquè extraordinaria pœna teneatur, vt is qui præuaricatur. denique vt eadem pœna sit tergiuersatoris, quæ præuaricatoris.l.2,C.ad Turp.l.2,D.de prẹuar. quid verbis opus est? nam Basilica perspicuè REFVGIENTIS verbum retinent, & ad accusatorem id referunt. Ἶσον ἔγκλημα τοῦ κατηγόρου τοῦτε προδεδωκότος, καὶ τοῦ φεύγοντος τὴν τῆς ἀληθείας ζήτησιν. Par delictum est accusatoris præuaricantis, & veritatis inquisitionem refugientis. Deinde vt concedamus de reo fugiente locum accipiendum esse, tamen eódem reuoluemur. Par enim, quantum ad existimationẽ,

& rei fugientis,& accuſatoris tergiuerſantis pœna eſt. Illud conſtat, quod is qui in adulterio deprehenſus eſt, redimẽdi ſui cauſſa dederit, non repeti: quoniã vtriuſq; turpitudo verſata eſt: vt modò diximus ex l. 4, D. de cond. ob turp. cauſſ. Quæ cùm ita ſe habeant, facilè exiſtimari poteſt, quantum Græcis interpretibus ſit tribuendum, atque in his Conſtantino, qui legẽ, tranſigere, C. de tranſac. ita conuerterat, Εἰς μὲν τὰ δι᾽ αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλυόμεθα, ὑπεξῃρημένου τοῦ τῆς μοιχείας ἐγκλήματος. ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι᾽ αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος.

Appendix. Atque hæc quidem olim de interpretatione legis Tranſigere ſic ſcripſeram. ſed poſtea cognoui, non omnibus hanc meam ſententiam placuiſſe. Sunt enim qui putẽt verba illa excepto adulterio neque Diocletiani, neque Triboniani eſſe, ſed ab imperito aliquo interprete adiecta fuiſſe. quorum mihi vel vnam hanc ob cauſſam probari ſententia non poteſt, quia non modò apud Harmenopulum totidem extat verbis, verùm etiam in Baſilic. lib. 2. tit. 2. c. 26. Quod verò idem vir in primis elegãs & eruditus ſcribit, me non animaduertiſſe, exceptionem de regula eſſe oportere, adulterium autem quod hîc excipitur, fuiſſe Diocletiani ætate extra numerum criminum capitalium, ſanè mihi perdifficile intellectu eſt: cùm ob hãc vnam ipſam cauſſam ſuperius ſcripſerim, negationem inſequẽtis verſus in hunc primum reſtituendam eſſe. Quid verbis opus eſt?

Tradi

Tradi creditur initio legis hęc regula: licere actori in crimine capitali sanguinis pœnam inferente & transigere & pacisci impunè. At eam ego sententiam falsam esse superius apertissimè docui: nam is qui pactione accusationē deserit, in Turpilliani pœnam incidit: hoc est, infamiam, multam pecuniariam, & extraordinariam coercitionem. l. 2, C. ad Turpill. l. 3. §. vlt. D. de præuaric. l. 1, & l. 2, C. vt intr. cert. temp. l. 1, D. de iur. fisc. l. spurij, §. qui iudicij, D. de decurion. denique subscriptionis ad quam accusator adigitur, hanc vim esse cōstat, vt se calumniæ & talionis periculo subijciat. l. vlt. C. de accus. l. 2, l. 7. l. vlt. C. de calumn. Eiúsque rei sumi exemplum potest ex crimine homicidij: quod plerunque: itémque sacrilegij, quod interdū capitale esse constat. l. 3. §. pen. D. de sicar. & apud Paul. sent. 5. tit. 23. & Collectan. tit. 1. l. 4, D. de pecul. nam cui verisimile fiet, licuisse accusatori clam de tantis sceleribus, quæ coerceri totius reip. publicæ denique securitatis intererat, transigere? Altera legis parte tradi hæc regula putatur, Non licere actori in criminibus sanguinis pœnam non inferentibus impunè transigere. At hoc quoque falsum est. nam Vlp. in l. 1, §. 2, D. de calumniat. disertè scribit, nō esse transactionibus interdictum, sed sordidis concussionibus. Sunt qui obiiciant l. siquidem, 9, C. de contr. stip. quasi dixerit, turpe esse pacisci de crimine non capitali. quod apertè falsum & commentitium est. Lex enim indefinitè loquitur de eo, qui pecunia pactus est, ne accusationem instituerit: neque inter capitalem aut non capitalem pœnam distinguit. sed generaliter

de eo ſtatuit, qui ob non accuſandum pecuniam accepit. qui pari eodémque modo alijs locis indiſtinctè modò concuſsionis, modò repetundarum teneri dicitur.l.8.D.de accuſat.l.6,§.1,D.repetũd. Quinetiam ex naturali ratione diſputari poteſt, quibus criminibus lex pœnam ſanguinis impoſuit, ea illam vſqueadeo atrocia & coercenda iudicaſſe,vt ſine reip.detrimento tegi ac diſsimulari non poſsint.quale eſſe homicidium & ſacrilegium diximus. quæ verò leuiore pœna damnauit, in ijs facilius accuſatori,vt ab actione deſiſteret,conceſſiſſe.Quid? quod crimina quædam eiuſmodi eſſe videmus, vt eorum pœna variè pro delicti modo ſtatuatur. veluti plagium in l.vlt.D.de plagiar. & crimen repetundarum.l.7,in fin. D. repetund. item peculatus,l.6,D.de pecul.nam hęc modò capite,modò deportatione,modò leuiore pœna plectuntur. vnde intelligitur tranſigere interdum de ijs licuiſſe, interdum non licuiſſe. Sed cùm ex ijs quæ plerunque ſeruantur,regulę iuris conſtituantur, probabile eſt Diocletianum contrarias hoc modo regulas conſtituiſſe:Licere actori in crimine nõ capitali tranſigere:Non licere actori in crimine mortis pœnam inferente tranſigere. Quarum à priore adulterij crimen excipimus.non extra regulam:vt vir doctus exiſtimauit.nam apertiſſimè ſpeciem à genere detraximus. quippe, cùm adulterium Diocletiani ætate crimen non eſſet. Quinetiam rectiſsimè hoc modo argumentari licebit: Specialiter cautũ eſt, ne de adulterio (quod vnum eſt ex criminibus ſanguinis pœnam non inferentibus) tranſigere liceat. Ergo de alijs ſimilibus

bus nempe de non capitalibus transigere licebat, l.cùm prætor,12, D.de iud.l.ex eo,18, D.de testib. Et certè ita est, vt alibi exceptio hæc pro regula tradatur, De crimine adulterij pacisci pecunia nō licet.d.l.10, l.abolitionem,16,& l.serui,23.C.de adulter.l.isti,8.D.quod met.causs.l.auxilium,37,D. de minorib. Exceptionis autem æquitatem superius hanc fuisse ostendimus, quia qui accepta pecunia de stupro paciscitur, manifestus leno est.l. 2,§.2,l.miles,11,§.3,l.is cuius,14,D.de adulter.Atque hæc quidem hactenus ad modestam, atque, vt sperare videor, amicam reprehensionem dicta sint. Ecce autem aliam eiusdem legis interpretationem, ex Græcorum commentarijs, seu potius lacunis haustam. Secūdum antiquas leges adulterium non erat capitale,& consequenter de eo pacisci non licebat. quod etiam capite quodam legis Iuliæ nominatim cautū erat.d.l.10.Nunc quāuis factum sit capitale, non tamen caput illud legis abrogatum est, neque permissum vt pacisci de illo liceat. Hoc quale sit intelligere non possum. nisi fortè hæc sententia est: Quanuis de criminibus non capitalibus pacisci non liceat, tamen de adulterio,quod capitale factum est,pacisci non licet. Sed propius accedendum est: atque ita pressius disputandum:Si non capitale fuisse hoc tempore adulterium ponamus,absurda erit pars huius legis posterior.si capitale,absurda prior.quod hoc argumento,intelligetur. Imperante Diocletiano de crimine nō capitali pacisci non licuit:vt posteriore legis parte traditur. Eodē imperante adulterium capitale non erat:vt iam inter omnes cōstat.

Ergo eodem imperante de adulterio pacisci licuit. At consequens falsum.Falsum igitur antecedens.Falsum esse consequens,patet ex d.l.10,C.de adulter.l.mariti,29.§.plectitur.D. eod.vbi dilucide traditur,de adulterio pacisci pecunia non licere.quoniam,vt paulò antè diximus,Lenocinij seipsum damnat, qui pro comperto stupro pretium accipit.Sequitur alterum argumētum:Diocletiano imperante transigere de adulterio non licuit. d.l.10.Eodem imperante trāsigere de capitali crimine licuit:vt priore legis parte scriptum est. Ergo eodem imperante adulterium capitale nō fuit. Quod si non fuit, ridiculè adulterij non capitalis exceptio sub regula de capitalibus criminibus subiuncta est. quandoquidē id quod excipitur regulæ pars esse debet, vt species suo generi deroget.l. 4.§.vl.D.de pen.leg.l.si peculiū,10,D.de manum. testam.Venio ad alteram legis partem,Vt de criminibus sanguinis pœnā nō inferētibus pacisci liceat,excepto falsi crimine.Sic.n.Basilicus liber interpretatur:πλαςογραφίας χωρὶς τῆς πλαςογραφίας ἐγκλήματος.Sed hæc sententia non minus absurda est. primùm,quia falsi crimen plerunque mortis pœnam inferebat. honestiores soli deportabātur. l.1,& l.5,C.de fals. & apud Paul.sentent.5. tit.25,§. 10.Neque verum est,quod quidam scribunt constitutionibus posterioribus falsi crimen factum fuisse nō capitale.ex l.vbi falsi,22,C.eod.Nam illo loco Constātinus apertè statuit,vt falsarius vel capite,vel deportatione pro delicti modo plectatur: quemadmodum superius dictum est, posterioribus legibus varias vnius eiusdémque criminis pœnas

nas pro delicti modo constitutas fuisse. Quare absurdũ esset, verba illa CITRA falsi accusationem, Græcorum exemplo, pro exceptione interpretari: ne nimiæ Tribonianum imperitiæ arguamus. Nam etsi vox CITRA nonnunquam pro Extra, vel Præter vsurpetur, velut in l. vlt. D. de calumn. tamen cùm falsi crimen capitale fuerit, absurdum esset, exceptionẽ à regula tantopere alienã sub regula subijcere. Quare CITRA pro Sine pósitũ esse non dubito: quasi Imp. scripsisset, Sine falsi accusatione: vel, Nisi falsi accusationis periculũ subire velit. sicuti in l. 2, C. sent. rescind. non poss. Iudicatum citra remedium appellationis rescindi non potest. & in l. 6. D. de curat. fur. Ne cui citra caussæ cognitionem curatorem det. item in l. 1, C. de iur. fisc. Quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur. & l. vlt. §. filiis, C. de bon. quæ lib. Nec citra voluntatem eorum quorum in potestate sunt &c. Quare vt huic disputationi modũ imponamus, sine cunctatione concludendum arbitror, Diocletianum quidem hanc legem ita vti restituimus, promulgasse: Tribonianum autem propter nouum de adulterij pœna institutum eam suo more arbitrióque interpolasse.

An ius vtendi fruendi re aliena, salua eius substantia, de nullo alio quam de vsufructu dici possit.

QVAESTIO XXIIII.

DVBITANDI caussam affert primùm Emphyteusis, quæ non modò ius vtendi fruẽdi transfert, verumetiam ius perpetuarium, aut certè longissimum. l.1, D. si ag. vect. l.1, C. de off.com.sac. pal. l. viam veritatis, 10, C. locati. Idque in re aliena: quia proprietas non transfertur. d.l.1, D. si ag. vect. Postremò interitus totius rei ad proprietarium pertinet. l.2, C. de iur.emphyt. Secundam dubitandi caussam mouet fideicommissum. Nam heres fiduciarius rogatus hereditatem restituere, cùm morietur, idẽ ius quod fructuarius habere videtur. l. species, 15, D. de aur. & arg. leg. vbi disertè vsusfr. appellatur. Res autem fideicõmissaria nominatim à Iustiniano res aliena dicitur in l.vlt.§.sed quia, C.com.de leg. Tertiam, dos vxoris, in qua maritus idem ius salua rei substantia obtinere videtur. Eius enim periculum si æstimata non est, ad mulierem pertinet. l. plerũque, 10, cum simil. D. de iur.dot. Quartam, Conductio, quæ ius colono tribuit vtendi fr. re aliena, salua eius substantia. l.1, D. de loc. public. fruend. l. si quis, 9, §.1, ibi Num magis, l. si fundus, 33, l. si merces, 81, l. si in lege, 24, §. clauus, D. locat. qua de caussa si colono vsusf. legetur, actio ex locato ei tantùm remittenda est. l. cui vsusf. 30, §.1, D. de vsusf. leg. Quintam, Precarium, quod idem hoc ius tri-

tribuere videtur.l.1,& paſ.D.de prec.Sextam, Ἀντίχρησις; de qua in l.ſi pecuniam,33,D.de pign.act. & l.ſi is qui bona,11, §.1.D.de pign.hoc eſt, cùm pignus ita datur vt quoad debitor ſatisfaciat, eo creditor vtatur fruatur.Septimam, Legatum annui reditus certi fundi:de quo in l.fundi,38, D.de vſufr.leg.l.liberto,21,D.de an.leg. Nam hic legatarius fructus omnes omnium generum percipit. Septem igitur huius definitionis tanquam riuales licet enumerare,Emphyteutem,in agro vectigali: heredem fiduciarium,in fideicommiſſo: maritum,in re dotali:colonum,in re cõducta:cum cui precario res cõceſſa eſt: creditorem ἀντιχρώμενον, in fundo oppignerato:& prouentus annui legatarium.nam hi omnes definitionem illam non fructuarij propriam,ſed ſibi cum illo cõmunem eſſe contendunt. Videndum eſt igitùr, quemadmodũ illorum argũmentis reſponderi poſsit.nam ſi definitio hæc etiam in illos ttansferri poteſt, vitioſa eſt.definitum enim & definitio inter ſe reciprocari & conuerti debent.l.1, D.dol.mal. Quantum igitur ad emphyteuticarium attinet,quanuis propriè ac plenè dominus agri vectigalis non ſit, tamen quaſi dominus eſt:atque adeò diſertè dominus appellatur in l.poſſeſſores,12, C.de fund.patrim.eíque vtilis actio rei vindicandæ cauſſa permittitur.l.1,D.ſi act.vect.l.5,§.bonorum, D.vt in poſſ.leg. quinetiam agrum ipſum oppignerare poteſt,& donare, & vendere, & quouis modo alienare,non modò inter viuos, verumetiam per teſtamentum.l.tutor,16,vlt.De pign. l.ſi domus,71, §.vlt.De legat.1.vt iam non tam aliena re quàm

ſua frui videatur. Sic heres fiduciarius reuera dominium habet, & re ſua, non aliena vtitur fruitur. l.1, §.1, & l. quanuis, 40, D. ad Trebell. & quanuis à Iuſtiniano res aliena dicatur, tamen id ex fictione intelligendum eſt, cùm ne in fideicommiſſarium quidem dominium verum transferatur. l.3, D. ſi vſusf. pet. Sic maritus conſtante matrimonio dotis dominus eſt fictitius. l. in rebus, 30, C. de iur. dot. l. Lucius, 21, §.4, D. ad municip. l. quanuis, 75, De iur. dot. Itaque non aliena, ſed ſua re vti ac frui videtur. Ita tres aduerſarij illi primi verbis illis excluſi ſunt, RE ALIENA. quoniam omnes vtuntur re quæ ſua eſt vel verè, vel per fictionem. Quantum ad precarium, facilis & expedita ratio eſt: primùm, quia precarium non poteſt definiri ius, quia non iuris eſt, ſed facti. l. ſi precario, 17, D. comm. præd. arg. l. ſi adoptauero, 16, D. de precar. quippe cuius & vſus & vtendi tempus planè incerta ſunt: totáque ex concedentis voluntate pendent. deinde in precario, non fruendi, ſed tantùm vtendi poteſtas conceditur. Supereſt vt colonum, creditorem ἀντιχρώμενον, & legatarium prouentus annui excludamus: qui omnium acerrimi aduerſarij ſunt. nam & omni fructuum genere vtuntur, & in re perſpicuè ac ſine dubio aliena. An dicemus, quantum ad colonum attinet, ius fruendi quod ex locatione percipitur, certis legibus præſcribi? l. ſi merces, 25, §. conductor, D. locat. cùm fructuario alia nulla lex & conditio fruendi prȩſcribi poſſit, quàm æquitatis ratio, & boni viri arbitratus, & patrisf. frugi conſuetudo. l.1, & paſſ. D. vſuf. quem cau. Sed ſi nulla in locationis contractu lex ſit adhibita, tamen

men cùm bonæ fidei ſit,ad boni viri arbitrium redigetur.l.cùm venderem,21,D.loc.Alia igitur Colono reddenda reſponſio eſt,quæ reliquis duobus ſatisfaciet: nempe aliud eſſe ius vtendi fruendi, aliud vinculum illius iuris. Ius eſt dominium iuris, quod fructuario per traditionem acquiſitum eſt. l.3. D. de vſuf.vt ei rei vindicatio ex iure Quiritiũ confeſſoria competat.l.5, & paſſ. D. ſi vſusfr. pet. qua de cauſſa vſusf.in fructuarij bonis & dominio numeratur.l.in vẽditionem,8,D.de reb.auct. iud. poſſ.At Colonus & creditor & legatarius non habent dominium iuris, ſed vinculum iuris, id eſt obligationem:quæ definitur iuris vinculum, in §. 1,Inſtit. De oblig. non enim obligationum vis ea eſt,vt rem aliquam noſtram efficiat,ſed vt alterum nobis obliget ad dandum,aut faciendum.l.3,D.de oblig.&act. & dominium ab obligatione ſeparatur in l.2,D.de ſtip.ſeru.Vſufructuarius igitur habet ius ſuum & in ſuo dominio:qua de cauſſa realem actionem habet:alij verò ius poſtulãdi in iudicio,vt ſibi vti frui liceat: quo nomine perſonalem actionem habent. Itaque aliud eſt vſusfructus, aliud actio de vſufructu ex teſtamento, vel contractu.l.1,in fi.D.quand.dies vſuſ.l.1, in princip.D.tit.ſeq.Quinetiam quantum ad annui reditus legatarium attinet,tantum abeſt vt ius fruendi in ipſius dominio ſit, vt neque habitationem habeat,neque per ſe colat & fructus percipiat: ſed heres vẽdere fũdũ poſſit,& ei quãtitatẽ eãdẽ offerre.d.l.fundi,& l.nihil,110, D. de leg.1. quæ omnia ab vſuſfructus iure abhorrẽt.l.7,& paſſ.D.de vſuf. Aliud tamẽ iuris eſſet,ſi fructus ãnui legati fuiſſẽt.

quibus verbis verum vſumfr. Vlpianus ſignificari ſtatuit.l.ſiquis ita,20,D.de vſuf. Vſuarium autem in iſtorum competitorum numerum non admiſimus: quoniam vſuarius ius habet vtendi tantùm, non fruendi: neque tamen ſalua rei ſubſtantia, vt nonnulli ſcribunt:hoc eſt, nõ quantum rei natura & ſubſtantia ferre poteſt: ſed eatenus duntaxat, quatenus ad ſubleuandam ipſius neceſſitatem ſatis eſt.l.4,D.de oper.ſeru.l.plenum,12,§.1, D. de vſu & habit.

An iuſtum coniugium ſolo partium conſenſu ſine publica teſtatione contrahatur.

QVAESTIO XXV.

LVBRICA hæc diſputatio eſt. nam magna ex parte ad religionem pertinet. quare hac præmunitione vtemur, vt Matrimonij cauſſam quidẽ efficientem eſſe dicamus, partium conſenſum & conuentionẽ,l.2,D.de rit.nupt. Materiam autẽ & cauſſam ſine qua non, corporũ coniunctionẽ:quia nec in caſtrato,nec in nondũ viripotente matrimonium cenſetur.l.ſi ſerua, 39, §.1, D.de iur.dot.l.pen.D. quand. dies legat. Forma autem iure Romano,atque adeò forma eſſentialis, & ſine qua coniugiũ non habetur,fuit deductio in mariti domum,& aquæ atque ignis interuentus. l. pen.D.de don.int. vir.l. mulieri, 5, & l. ſeq. D. de rit.nup.l.cui fuerit, 15,D.de cond.& demonſt. Finis autem (vt inter omnes conſtat) eſt propagatio ſobolis,& liberorum procreatio.l.ſi vicinus,9, C. de

de nupt. His positis, deinceps illud intelligendum est: si hanc quæstionem ad iuris ciuilis rationem reuocemus, magnam disputationis partem à religionis Christianæ institutis alienam fore. Nam Modestinus in l. in liberæ, 24, D. de rit. nupt. scribit, in liberæ mulieris consuetudine, si modò quęstum corpore non faciat, non concubinatum, sed nuptias intelligi. Item Papin. in l. donationes, 31, D. de donat. statuit, mulierem maritali honore & affectione habitam, pro vxore habendã esse: quanuis testatio nulla sit. cui congruit illud Vlpiani in l. item legato, 49, §. 1, D. de legat. 3, inter concubinam & vxorem, nisi dignitate, nihil interesse. & l. 3, §. 1, D. de donat. int. vir. & l. 3, D. de concub. inter cõcubinatum & matrimonium nihil nisi affectionem interesse: ingenuámque mulierem domi sine testatione habitam, pro vxore numerari. Quinetiã Imp. Theodosius in l. si donationũ, 22, C. de nupt. sanxit, matrimonium absque vlla pompa & celebritate nuptiarũ, atque adeò absque vllis dotalibus instrumentis firmum esse: liberósque ex eo susceptos, iustos esse. Nam si liberi pro iustis habendi sunt, iustum antecessisse matrimonium oportet. quod idem Imp. Probus cõstituit. d. l. si vicinus, 9, C. eod. Atque hæc quidem de Iustinianico iure dicta sint. ex quibus intelligitur, matrimonia nõn modò sine publica, verùm etiam sine priuata testatione, atque adeò sola partium consensione eo iure conciliari. Nam de antiquo Romanorum iure absurdum esset disputare: quo non modo mulier domi à viro per anni spatium retenta, pro vxore vsucapiebatur (quemadmodum in Comment.

XII tab. exposuimus) verùm etiam vir vxorem amico ad tempus liberorum suscipiendorum caussa concedebat. Quod Strabo lib. XI, & Plutarch. in Catone Vtic. & Tertull. in Apologet. memoriæ prodiderunt. Et de tacito matrimonij pacto, Sueton. in Caligula, Mox, inquit, L. Cassio Longino consulari collocatam abduxit, & in modum iustæ vxoris propalam habuit. Quòd siquis genus illud matrimonij taciti ad vxoriæ vsucapionis institutũ referre volet, necesse erit summæ Tribonianum stultitiæ coargui: qui cùm illa matrimonia sustulisset, leges tamen quæ ad illa pertinebant, reliquerit. Vtcunque sit, absurdissimum sanè videtur, cùm matrimonium magna ex parte publici aut certè diuini iuris, etiam apud Romanos fuerit: quippe, cùm omnis diuini atque humani iuris communicatio definiatur. l. 1, D. de rit. nupt. atque vxor dicatur humanæ & diuinæ rei socia. l. aduersus, C. de crim. expil. deinde cùm ad ciuis Romanæ caput pertinuerit (nam quæ matersa. fiebat, capite minuebatur) tamen sine actis atque adeò sine scriptura probatum fuisse. l. 4, D. de pignor. l. 4, de fid. instrum. & vt superius demonstratum est, tacitè, ac sine vlla testatione: tantùm ex domestica vitæ consuetudine: cùm tamen neque emancipatio, neque adoptio fieri olim sine ritus solennitate posset. l. 3, D. de adopt. Videamus igitur, ne quæstionis huius disceptatio ex religionis nostræ institutis potius, quàm ex ciuili Rom. iure petenda sit. quippe, cùm matrimonium (vt suprà diximus) potius diuini, quàm humani iuris esse constet. quod vel hinc licet intelligatur, quòd Christus & Apostoli cũ ius

de

de ceteris humanis conuentionibus atque pactis nullum ſanxerint, tamen de matrimonio leges multas ſtatuerunt, vt Matth. 5, & 19, 1. Corinth. 5, & 2. Cor. 2. & 1. Cor. 6, & 7, item 1, Petr. 3. Quinetiam conuentionem iſtam ſacram eſſe, Deúmque ipſius auctorem & conciliatorem fuiſſe, cùm ex ipſius inſtituto intelligitur, tum etiam ex his Chriſti verbis Marc. 10, Quos Deus coniunxit, homo ne diſiungat. Etſi autem partim hominum quorūdam ambitione, partim temporum infelicitate multæ ſenſim in diſciplinam Eccleſiaſticam corruptelæ inuectæ ſunt: tamen iniquum eſt, inſtituta per ſe bona propter aduentitias corruptelas repudiari, & (vt Vlpianus ait) veritas rerum erroribus geſtorum nō vitiatur. l. qui illicitas, D. de off. præſ. Quare concludendum arbitror, morem matrimonij ſine publica teſtatione & ſolenni ritu contrahendi à Chriſtianis repudiandum eſſe. Primùm, quia cùm matrimonium diuini iuris ſit, vt iam dictum eſt, cōſentaneum eſt, diuini iuris & religionis miniſtros in eo conſecrādo adhiberi. præſertim cùm etiam profani homines non modò in pontificalibus matrimoniis confarreatione vterentur, vt iam notum eſt omnibus: verùm etiam in peruulgatis nuptiis, quæ per conuentionem in manum fiebāt, & ſolennem in domum deductionem, aquam atque ignem adhiberent. d. l. pen. D. de don. int. vir. Deinde, quia cùm in matrimoniis familiarum dignitas periclitetur, cautio adhibenda eſt, nequa honeſta mulier pro concubina, aut meretrice, vel nequi iuſti liberi pro ſpuriis & nothis habeantur. æquiſſimúmque videtur, quæ ad perſonarum &

familiarum, ac proinde ad ciuitatis statum publicum pertinent, non modò ritè atque ordinè, verumetiam publicè ac solenniter fieri. sicuti de adoptionibus traditur in l.3,& l.4,D. de adopt. quò pertinet illud Modestini, Semper in coniunctionibus non solùm quid liceat considerandum est, sed etiam quid honestum sit. Itaque furtiuæ & clādestinæ nuptiæ apertè damnantur ab Imperat. Cō stantino in l.vxor,7,C.de repud. Præterea pietatis adiunctum est, veteres Christianorum mores scripturæ sacræ consentaneos obseruari. Vetustissimum autem Christianorum institutum hoc esse, vt matrimonia palàm Ecclesiæ & ministrorum precibus consecrentur, facilè demonstrari potest: primùm ex Tertulliano, qui lib.ad vxorem 2, ita scribit: Vnde sufficiam ad enarrandam felicitatem eius matrimonij, quod Ecclesia conciliat, & confirmat oblatio,& obsignatum Angeli renuntiant, pater rato habet? Nam nec in terris filij sine consensu patrum ritè & iure nubēt. Alterum testimonium est ex l.sancimus,24,C.de nupt. vbi Imperator Iustinianus statuit, vt ea demum rata sint matrimonia, in quibus nuptiarum accessit festiuitas. Tertium est ex Imp.Leonis Nou.89, vbi sanxit, vt Christianorum coniugia sacrę & ecclesiasticę precationis testimonio confirmentur: quę aliter contracta erunt, pro iustis coniugiis non numerentur. Quam constitutionem Harmenop. lib. 4, cap.4, commemorans, subiungit Imp.Cæsarem Alexium Comnenum idem quoque constituisse. Quartum est, quod idem Harmenop. eodem loco testatur, ecclesiasticis canonibus sancitum fuisse, ne clandesti-

destinæ nuptiæ, & extra ecclesiam Christianorum celebrentur. Quintum est, quod Papa Innocentius III testatur, hanc veterem quoque Christianorum consuetudinem fuisse, non Papæ vllius institutum, vt conuentiones matrimoniorum in ecclesia promulgentur. c.4, ext. de cland. desp. vbi sic loquitur: Quare secundum specialem quorundam locorum cõsuetudinem statuimus, vt cùm matrimonia fuerint contrahenda, in ecclesiis per presbyteros publicè proponantur, competenti termino præfinito: vt intra illum terminum qui valuerit & voluerit, legitimum impedimentum opponat, &c. Eáque promulgatio Bannum Langobardico vocabulo appellatur in c. cùm in tua, 27, Ext. de sponſ. & ex vetere consuetudine manasse dicitur in c. cum tua, 6, qui matr. accuſ. poſſ. idémque in c. aliter, 30, q.5. In eandem sententiam Caius Institut. lib.1, scribit, nuptias esse legitimas, cùm Romanus Romanam nuptiis interuenientibus vxorem duxit. Nam plerunque matrimonium à nuptiis ita distinguitur, vt illud conuentionem & pactum significet: hæ verò ritum & solennitatem, quæ pro cuiusq; gentis institutis palàm adhibetur: veluti apud Scæuolam in l. pen. D. de don. int. vir. & vx. & apud Paulum in l. si ita, 20, & Iulianum in l. seq. D. de rit. nupt. & in l. inter eos, 27, D. de don. int. vir. itémque apud Dioclet. in l. neque sine, 13, C. de nupt. Itaque quod Iustin. Nou. 74, ∫. ἐπειδὴ δὲ, 4, Iuliano interprete ita scribit, Siquis diuinis tactis scripturis iurauerit mulieri, legitimam se illam vxorem habiturum, vel si in oratorio tale sacramentum dederit, sit illa legitima vxor, quan-

uis nulla dos, nulla ſcriptura alia interpoſita ſit: videndum eſt, vt ſecundum ſupraſcriptam cautionem interpretemur: quaſi eo ſolo iureiurando matrimonium quidem contrahi ſignificet: ſed præter matrimonium nuptias ſupereſſe: hoc eſt, ritum & ſolennitatem in Eccleſia Chriſtiana vſitatam. Quæ cùm ita ſe habeant, primùm perſpicuum eſſe arbitror, neque veram Duareni doctiſſ. viri diſputationem fuiſſe, qui ad Rub. ſolut. matrimo. multis verbis contendit, clandeſtina matrimonia Digeſtorum libris damnari. deinde leges & conſtitutiones Pandect. & Codicis, quæ tacita matrimonij pacta pro expreſſis & ſolennibus habuerunt, à Chriſtianis repudiandas eſſe. eóque nomine Tribonianum ceteróſque iuris noſtri architectos grauiter vituperandos videri.

An debitor qui ſoluendo non eſt, iure Rom. affici pœna corporali poſſit.

QVAESTIO XXVI.

CELEBRATVR quidem ab omnibus legis Iuliæ beneficium, quæ debitores qui ſoluẽdo nõ ſunt, ſi bonis ſuis ceſſerint, carceris & verberum periculo liberat. nam per eã ceſſionem creditoribus poteſtas tantùm relinquitur damnati bona publica auctione diuendendi. l. 1, & l. 4, C. qui bon. ced. poſſ. Sed nemo explicat, quid illud ſit, quòd cùm vetuſtis legibus Porcia & Sempronia

nia ciuium Rom.corpora quodammodo quaſi ſacroſancta eſſent,neque verberibus in eos animaduertere liceret: tamen inopes debitores, niſi legis illius Iuliæ præſidio tuti fuiſſent,verberibus & cruciatui corporis ſubiiciebantur,vt ex illius legis Iuliæ beneficio intelligitur. Quinetiam Imper.Gratianus ſanxit, ne debitor, niſi qui per vim maiorem bonis euerſus fuerit, bonorum ceſsione vti poſſit: ſed vt ad redditionem debitæ quantitatis congrua atque digniſſima ſuppliciorum acerbitate cogatur,vt ait l.1,C.TH.qui bon.ex leg.Iul.ced. eodémque pertinet l.ſi victum, 34,D. de re iud. necui liceat prohibere victum & ſtratum inferri iudicato: nimirum in carcerem detruſo. Et Nou. 135, vbi per bonorum ceſſionem remitti dicitur ἡ τοῦ σώματος τιμωρία.Itemque illud Ambroſij in lib. de Tobia,cap.10,Quoties,inquit,vidi à fœneratoribus teneri defunctos pro pignore, & negari tumulum dum fœnus expoſcitur. Quibus ego acquieſcens dixi,Tenete reum veſtrum, & ne vobis poſſit elabi,domum ducite, claudite in cubili veſtro,carnificibus duriores: quoniam quem vos tenetis,carcer non ſuſcipit,exactor abſoluit. Et cap. VIII, Vidi ego miſerabile ſpectaculum, liberos pro paterno debito in auctionem deduci,& teneri calamitatis heredes,qui nō eſſent participes ſuę ceſſionis, & hoc tam immane flagitium non erubeſcere creditorem.Item in lib. de Nabuthe, cap. 5, Vidi ego pauperē duci, dum cogeretur ſoluere quod non habebat:trahi ad carcerem,quia vinum deeſſet ad menſam potētis:deducere in auctionem filios ſuos,vt ad tempus pœnam differre poſſit:in-

uentum fortè aliquem qui in illa necessitate subueniret. Redit ad hospitium cum suis, ingemiscens filiorum famem, dolens quòd eos non potius ei qui posset pascere, vendidisset. Redit ad cõsilium. vendendi sumit arbitrium. Item Off. 1. Grandis culpa est, si te sciente fidelis egeat, si scias eum sine sumptu esse, fame laborare, & non adiuues: si sit in carcere, & pœnis & suppliciis propter debitum aliquod iustus excrucietur. Sic in l. ob fœnus, 49, D. de admin. tut. Tutor qui pecuniam pupillarem non exercuit, si ad damnum resarciendum idoneus non est, extra ordinem coercetur. Item in l. 3, §. qui pecuniam, D. eod. vbi tutores improbè in administratione versati, vinculis publicis contineri iubentur. Item in l. si pro aliquo, 21, §. 1, D. ad Velleian. vbi pater iudicatus propter solutionem vexari dicitur. Item in l. vlt. in fin. D. quæ in fraud. cred. vbi fraudator conuentus pœnam subire dicitur. Denique Agellius lib. 20, c. 1, testatur ætate sua vsurpatum id fuisse, vt addicti debitores necterentur. Addici, inquit, nũc & vinciri multos videmus, qui vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt. Quare intelligẽdum est, varium eius rei ius apud Romanos fuisse. Nã vt rẽ ab ouo (quẽadmodũ dici solet) repetamus, primũ ius fuit XII tab. vt debitores damnati si iudicatum facere non possent, publicè venderẽtur, atq; addicti seruirent: id est, in neruo operas darent: vt Agellius eodem loco testatur. & Quintil. lib. 5, & lib. 7, vbi de Addictis loquitur. Atque inde natum illud Romanorũ institutum videtur, vt reges exteros (opinor qui soluendo non erant) cum purpura, & sceptro, &

corona in sella regia collocatos publicè venderēt. Cicero pro Sextio: De hoc nihil cogitāte (loquitur de Ptolemæo Cypri Rege) est rogatum, vt sedens cum purpura & sceptro, & illis insignibus regiis, præconi publico subiiceretur: & imperante populo R. qui etiā bello victis Regibus regna reddere consueuit, Rex amicus, nulla iniuria commemorata, nullis repetitis rebus, cum bonis omnibus publicaretur. Sic pro Domo: Vbi Cyprius Rex cū bonis omnibus sub præcone subiiceretur. Nam publicandi regni caussam hāc (vt opinor) Clodius lege sua præscripserat, de qua lege Dio lib. 38 cōmemorat. Prius autem quàm debitor ipse venderetur, omnia eius bona publicè constituta auctione distrahebātur. Nam cùm antiqua lege XII tab. institutum fuisset, vt creditores debitoris corpus dissecarent, atque inter se partirentur: tacito populi consensu consuetudo inoleuit, vt eius bona distraherentur, sic, vt ne ad victum quidem & cultum quicquam ei relinqueretur. vt Agellius eod. loco testatur, & Fab. lib. 3, cap. 6. atq; adeo infamia notarentur. teste Tertulliano in apolog. Ac de vniuersa quidem bonorum venditione, testimonium est in §. 1, Inst. de success. subl. ad eámque referendus est ille Ciceronis iocus Philipp. XI, Videte etiam P. Decij auctionem clarissimi viri, qui maiorum suorum exempla persequēs, pro alieno se ęre deuouit emptori: id est, bona sua vniuersa vēdi passus est. Neque mihi eorum displicet coniectura, qui Sectionis nomen inde cōfictum existimant, propter legem XII tab. quę debitoris corpus secari ac diuidi inter creditores permittebat; vt cū

ea lex à corpore ad bona translata esset, nomen re mutata permanserit. velut in l. insula, 59, D. de acq. rer. dom. Eóque illud Ciceronis pertinet in Orat. pro Quintio, Si funus id habendum sit, quò nō amici conueniant ad exequias cohonestandas, sed bonorum emptores, vt carnifices, ad reliquias vitæ lacerandas ac distrahendas. De victu autem & cultu testimonium extat primùm in eadem Orat. his verbis, Cuius non modò illæ amplissimæ fortunæ, sed etiam victus vestitúsque necessarius sub præconem cū dedecore subiectus est, is non modò ex numero viuorum exturbatur, sed, si fieri potest, infrà etiam mortuos amādatur. Et de Addictis in lib. De orat. 2, Apud Næuium, inquit, qui iudicatum duci videt, percontatur ita: Quāti addictus? mille numûm. Nihil addo. Ducas licet. Item in ea pro Flacco, Addictus Hermippo, quòd iudicatum non faceret, & ab eo ductus est. Et apud Liuium lib. 23, Qui capitalem fraudem ausi, quíque pecuniæ iudicati in vinculis essent, &c. Alterū testimoniū extat in nouell. Iustin. 154, in illis verbis quæ paulo pòst exscribemus, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς &c. De iudicati autem addictione, passim testimonia extant, sed præsertim in illis Agellij & Quintil. locis. Vnde illud Manlij apud Liuium lib. VI, Tum verò ego nequicquam hac dextra Capitolium arcémque seruauerim, si ciuem commilitonémque meum tanquam Gallis victoribus captum in seruitutem ac vincula duci videam. Inde rem creditori, palàm populo, soluit: libráque & ærē liberatum emittit. Pòst, tertium ius successit, anno CCCCXXVII, per legem Pœtilio & Papyrio

coss.

coss. latam, nequis neruo aut compedibus teneretur: pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus esse obnoxium. (cuius rei Liuius libro 8 est auctor) ita nexos fuisse solutos, cautúmque ne in posterum necterentur. Iussi, inquit, Consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, pœnam daret in compedibus aut in neruo. Tum igitur obseruari cœptum est, vt qui creditoribus addicerentur, soluti operas darent. Quanquam incurrit disputatio ex Varronis verbis lib. de ling. VI, Liber, inquit, qui suas operas in seruitute pro pecunia quam debet dat, dum solueret, Nexus vocatur, vt ab ære, Obæratus. Hoc C. Popilio rogante, Sylla dictatore sublatum ne fieret, & omnes qui bonam copiam eiurarent, ne essent nexi, dissoluti. Quo loco vox DISSOLVTI (vt opinor) superuacanea est. Bonam autem copiam eiurare, nihil aliud erat (opinor) quàm iurare se in bonis non habere, vnde dissolui æs alienum posset. nam, vt ait Sex. Pomp. Eiuratio significat id, quod desideretur, non posse præstari. Verùm vtcunque sit, illa difficultas manet, cùm superior illa lex valeret, quid hac noua Popilia opus fuerit? nisi dicamus, vel illam neglectam, vt per aliam renouanda fuerit, quod sæpe accidisse constat: vel sicuti Syllæ pleraque acta rata non fuerunt, sic nec legem illam tenuisse. Itaque Cicero in Rullum, Omnium, inquit, legum iniquissimam dissimillimámque legis esse arbitror, eam quam L. Flaccus interrex de Sylla tulit, vt omnia quæcunque ille fecisset, essent rata. Quinetiam ius quod quarto loco succesit, dubitationem auget.

Lata enim lex Iulia eſt (à Iulio, an ab Auguſto, mihi non ſatis conſtat) vt debitoribus qui ſoluendo nō eſſent, bonis ſuis cedere liceret. quæ bona creditores ſi eis videretur, publicè conſtituta auctione diuenderēt: qui bonis ſuis ceſsiſſent, in eos creditoribus ius nullum eſſet: neque eos vel in ſeruitutem, vel ad operas dandas addici, aut in carcerē compingi, aut vllo modo in eos animaduerti liceret. l. 1. & l. 4, C. qui bon. ced. poſſ. Sed (meo iudicio) dicendum eſt, primùm propter fœneratorum potētiam, neglectam legum ſuperiorum ſanctionem fuiſſe. cuius rei argumento eſt illud C. Manlij apud Salluſt. in Catilin. Neque cuiquã noſtrûm licuit, more maiorũ, lege vti, neq; amiſſo patrimonio corpus liberum habere. Deinde carcer à nexu & compedibus ita ſeparandus eſt, vt lege quidem Popilia vincula ſubla ſint: carcer autem, priuatus ſcilicet, hoc eſt cuſtodia in creditoris domo vſque ad legem Iuliam permanſerit. l. 1, C. qui bon. ced. poſſ. Legis autē Iuliæ beneficiũ ad fraudatores & decoctores, id eſt eos qui nequitia ſua bona perdiderãt, nõ pertinuiſſe, verùm ad eos ſolos, qui vi maiore aliqua, velut incēdio, naufragio, vel hoſtiũ incurſu fortunis euerſi fuerãt, documento eſt l. 1, C. TH. qui bon. ced. poſſ. & Nou. 135. Vtcunque ſit, difficilis tamen illa quęſtio permanet, propter legē Porciã: de qua ſup. dictũ eſt. Quare videamus, ne legis Porciæ & Sēproniæ beneficiũ ad tenuiores ciues & fures nõ pertinuerit. Nã ex multorum auctorũ teſtimonijs animaduerto, poteſtatē in illos Triumuiris capitalibus fuiſſe, qui ius ad columnã Meniam dicebant, & octo lictores habebãt,

quos

quos Plautus valentes virgatores appellat,qui eorum iussu in damnatos animaduertebãt:quemadmodum docuimus in lib.de Magistratibus. Hinc illud Asconij in Diuin.Vt fures,inquit, & seruos nequã, qui apud Triumuiros capitales ad columnam Meniam puniri solent.Cic.Verr.3,Oblitósne igitur hos putatis,quemadmodum sit iste solitus virgis plebem R.concidere?quam rem etiam Tribunuspl.in concione egit,cùm eum quem virgis iste cæciderat, in prospectum populi R.produxit. Eóque pertinet l.interdum,56,§.1, D.de furt.& l.pen.D.de cond.causs.dat.vbi fures corporali supplicio afficiuntur: quo in numero probabile est, debitores qui non fortunæ iniuria,sed sua culpa,& (vt hac in re loquebantur) nequitia redacti ad egestatem erãt, habitos fuisse. Eóque pertinere arbitror locum illum Sextianæ Orationis,aliqua tamen parte deprauatum,Olim ne Scyllæo illo æris alieni in freto ad columnam adhæresceret,in Tribunatus portum profugerat. Nam(meo iudicio) columnam Meniam intelligit, ad quam damnati debitores alligati verberabantur: & (vt loquitur l.1,C.TH.qui bon.ced.poss.) congrua suppliciorum acerbitate cogebãtur.Gabinius autem,quòd Tribunatus sacrosanctus erat,eo magistratu supplicij illius periculum deuitarat:quod tamen oratoriè & magis ad Gabinij vexationem,quàm ad veritatem accommodatè dictum à Cicerone non dubito.nisi fortè quis dicat,viros etiam primarios, qui soluendo non essent,duci in carcerem solitos, quoniam Valer.Max.lib.4,cap.1,scribit,Corn.Scipionem Asiaticum, cùm iudicatæ pecuniæ satisdare

non posset, in carcerem à Consulibus duci iussum esse: sed probabilius est, publici iudicij damnationem illam fuisse. Et huc pertinet primùm lex Roscia theatralis, vt equitibus R. quatuordecim gradus spectandi caussa in theatro assignarentur, exceptis iis qui decoxissent: quemadmodum in lib. De legibus exposuimus. Deinde Adriani Imp. edictum, vt decoctores in Amphitheatro catamidiarentur: quod Spartianus in ipsius vita testatur. Neque obstat l. ob æs alienum, 12, C. de obl. & act. vbi Dioclet. scribit, Iura non pati quenquam ob æs alienum seruire. nam Seruire propriè non dixit, sed impropriè, pro Seruum esse, vel seruitutem seruire. Etenim Quintilianus lib. 5, & lib. 7, scribit, Addictos qui operas creditoribus dabant, seruisse sed seruos non fuisse. Minus obstat l. 2, C. de exact. trib. vbi Constantinus iubet, debitores omnẽ carceris & verberum timorem deponere: quę à peruersis & iratis iudicibus instituta sunt: quoniam carcer pœnalium, carcer hominum noxiorum est, non autem debitorum caussa repertus. Nam illa est Constantini noua lex de suis tributis & fisco: cuius nunquam caussam malam esse, nisi sub bono Principe, verissimè dictum est. Multo minus obstat vulgatum prouerbium, Vt qui non habet in ære, luat in corpore. l. 1, in fin. D. de pœn. l. si quis, 7, D. de iurisd. l. vlt. D. de in ius voc. l. qui ædes, 9, D. de incend. nauf. nam prouerbium illud ad criminales caussas pertinet, cùm pœna pecuniaria criminum damnatis imposita in corporalem conuertitur. Iam verò quod attinet ad l. si victum, De re iud. necesse est, iudicatum de quo ibi agitur, vel

bonis

bonis non cessisse, vel potius fraudatorem ac decoctorem fuisse: ac propterea legis Iuliæ beneficio vsum non fuisse. Superest quintum & postremum ius, quo superiora omnia sublata & abrogata esse arbitror, Nouell. Iust. 135. Græcis in codicibus nuper euulgata, cùm antea Latinis interpretibus nota non fuisset. Nam neq; in Epitomas & Authẽticas Latinas relata est, neque ab vllo (quod sciam) veterum interpretum commemorata: tametsi locis infinitis de bonorum cessione disputent. Iustinianus ergo statuit, ne debitores, qui non sua nequitia, sed fortunæ vitio, ἐκ τοῦ συμβεβηκότος, καὶ οὐ ῥαθυμίᾳ facti erunt non soluendo, bonis cedere cogantur: sed posteaquã iurarint se non habere in bonis vnde æs alienum soluant, & (vt superius dicebamus) bonam copiã eiurarint, ab omni creditorũ molestia liberi ac soluti sint. quibus tamẽ actiones petitionésque omnes quæ debitori cõpetunt, cõpetituræve sunt, cedentur, vt siquid aliunde exigere possint, sibi habeant. Quibus ex verbis primùm apparet, ea Nouella sublatum & priuati carceris, & vinculorum periculum fuisse: tum bonorum quoque venditionem, quæ lege Iulia fiebat, abrogari. quod illa verba significant, Ποῦ γὰρ δίκαιον, τὸν ἅπαξ ἐκ τοῦ συμβεβηκότος καὶ οὐ ῥαθυμίᾳ παραδιδομένῃ ἐκτὸς τῶν αὐτοῦ γεγονότα, αὖθις ἀσχήμονα τὸν βίον ἑαυτῷ περιτιθέναι, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς, ὡς εἰκὸς, τῆς τε τοῦ σώματος σκέπης ἔξω βιαίως καταστῆναι; Denique si bonorum cessio à debitore fit, eorúmq; discussio à creditoribus, quid attinet debitorẽ iurare, sibi in bonis nõ esse, vnde creditoribus satisfaciat? Multo ergo magis debitores subleuauit Iusti-

nianus, quàm lex Iulia: quod si bonorum venditionem & cessionem reliquisset, futurum nō erat. Nam cùm ex lege Iulia bona vendebantur, debitori ne ad victum quidem & cultum quicquam relinquebatur, vt superius diximus. Neque obstat l. qui bonis, 6, D. de cess. bon. vbi quod misericordiæ caussa, velut menstruum aut annuum debitori relictū est, adimi vetatur. nec enim alimentis quotidianis fraudandum esse. Primùm quoniam Vlpianus agere illo loco videtur de eo, quod post bonorum venditionem à creditoribus factam ab alio quodam, propinquo videlicet & amico, misericordiæ caussa ei legatum est. Deinde vt relictum ab ipsis creditoribus dicamus, tamen illa ratio est, quod donatum misericordiæ caussa eripi nisi immisericorditer non potest. Alterum Iustiniani institutum est, quòd etsi bonorum cessio infamiam non irrogat. l. debitores, 11, C. ex quib. cau. infam. l. vlt. C. qui bon. ced. poss. tamen Iustinianus duobus Nouellæ locis apertè ignominiosam bonorum venditionem appellat, ἀσχήμονα τὸν βίον περιτιθέναι. Item, καὶ τῷ τῆς ἀσχημοσύνης πιέζεσθαι μέχρι θανάτου ὀνειδισμῷ. quod conuenit cum l. 2, D. de obseq. par. & Nou. 4. Itémque cum §. 1, Inst. qui. & quib. de causs. manum. vbi bonorum venditio debitori notam aliquā apud bonos viros afferre dicitur. Hanc igitur qualemcunque ignominiam Iustin. sustulit, cùm bonorum venditionem, vnde illa nascebatur, sustulit. Illud ad extremum in d. Nou. notandum est, sanctionem illius nouæ constitutionis hanc fuisse, vt creditores qui ei non parerent, decem auri libris multarentur, & propter solam ἐνθύμησιν

& pec-

& peccandi cogitationem capitis periculum subirent. Extra Nouellam autem separatim illud obseruandum est, certis personis concessum hoc beneficium fuisse, vt etiam si iudicatum facere non possent, tamen pœnæ damnatis debitoribus impositæ expertes essent, & in id tantùm quod facere possent, cogerentur: hoc est, ne vel priuatum carcerem, aut vincula, aut ignominiam, & extremam inopiam subirent. de quibus in l. sunt qui, 16, & seqq. de re iudic.

Iudex vtrum ex conscientia, an secundum edita in lite instrumenta iudicare debeat.

QVAESTIO XXVII.

NATA primùm hæc quæstio est ex dissensione Martini & Iohannis, quorum ille conscientiam, hic acta & probata (sic enim loquebantur) defendebat. Mendosè autem Probata dicebant pro Testimonia, aut Instrumenta: cùm ea demum Probata Latinè dicantur, quæ fidem faciunt ac persuadent. vt l. 3, D. de testib. Ex animi tui sententia te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinere. Cicero in Quintiana, Si caussa cum caussa contenderet, nos nostram perfacilè cuiuis probaturos statuebamus. Iohannis autem sententiam Canonistæ omnes acerrimè defenderunt in cap. pastoralis, 28, §. quia verò, Ext. de off. deleg. vbi iu-

betur ordinarius exequi sententiam à delegato pronuntiatam, quanuis ea iniquissima esset. inibíque glossa nimiam conscientiarum religionem irridens, Trepidant, inquit, timore, vbi non est timendum. pronuntient liberè, & deponant conscientiam læsam. Summum autem Canonistarum argumentum sumitur ex l. illicitas, 6, §. veritas, D. de off. Præsid. vbi Vlpianus ita scribit: Veritas rerum erroribus gestorum non vitiatur: & ideò Præses prouinciæ id sequetur, quod conuenit ex fide eorum quæ probabuntur. quasi Vlp. statuat iis verbis, Præsidem debere non animi sui sententiam, sed instrumentorum & testium auctoritatem sequi. Cetera quæ proferuntur argumenta ex c. 1, De off. ord. & 11. q. 3. c. summoperè, planè absurda & nugatoria sunt, neque commemoratione digna. Minus etiam ad propositum pertinet, quod de Agellio proferri solet ex ipsius lib. XII, cap. II, cùm apertè scribat, nihil se certi & explorati habuisse: tantummodò suspicione & coniectura ductum fuisse, ex eo quod petitor boni viri nomen & existimationem haberet: inficiator verò pro improbo & perfidioso haberetur. Quare vnum illud Iohannis argumentum ex suprascripto Vlpiani loco considerabimus. In quo illud primùm animaduertere oportet, in Florent. libris non GESTORVM legi, sed GESTARVM, quasi Vlp. dixisset, Veritatem gestarum rerum nullis erroribus vitiari. Quod vt cuiusmodi sit intelligatur, illud scire oportet, Gestorum nomine duo significari: primùm res administratas, & (vt ait textus) sine verbis factas. l. Labeo, 19, D. de verbo. sign. &

quæ

quaſi pro facto.l.licet ,58,D. eod. Atque hoc eodem modo Pedianus Fidē geſtorum dixit, Verr. III.Hoc, inquit,comminiſcitur Cicero, vt credamus veram fuiſſe ſecundam actionem,quæ ſecundum veram geſtorum fidem, non dicta, ſed ſcripta eſt: id eſt ſecundum rei geſtæ veritatem. Secundò Geſtorum nomen interdum pro actis & inſtrumentis vſurpatur. vt in l. iubemus, 14, §. iis quoque, C. de ſacroſ.eccl. Iis quoque iudicibus, vel ius geſtorum habentibus, qui huiuſmodi contractuum geſta confecerint, dignitatis & bonorum ſpoliatione damnandis.& l.vlt.C.de re iud. l. properandum,11,§.1,l.vlt.C.de iudic.l.nemini, 11, C.de aduoc.diu.iud.quemadmodum alio quoque loco in eandem ſententiam ſcribitur, In contractibus rei veritatem potius,quàm ſcripturam perſpiciendam eſſe.l.1, C. plus val. quod ag. quod idem in legibus ſeqq.inculcatur.Cicero Verr. III, Volumen eius rerum geſtarum maximum illi oſtendit. Quantum igitur ad priorem ſignificationem,non dubium eſt,quin ille Vlp. locus nihil prorſus ad propoſitam quæſtionem, aut ſententias iudicum ex animorum ſententia moderandas pertineat.ſed potius ad eos in officio probationum & teſtimoniorum ponderandorum continendos valere. Quantum autem ad ſecundum, ſententia hæc Vlpiani eſſe poſſit,Præſidis officium eſſe, non tam inſtrumentis(quæ vitioſa & falſa eſſe poſſunt) quàm rei veritate moueri. Ibi autem veritatem ex iis quæ probabuntur, perſpici. Sed de propoſita quæſtione dicendum eſt: in qua diſtinctione v..ndum videtur:vtrum ambigat tantùm iudex,vt

in caussa obscura, an errorem vel falsitatem perspiciat. Nam priore casu, ex æquo & bono caussam quam lædi putabit, adiuuare poterit. vt l. 1, C. vt quæ desf. aduoc. part. supplendo, & proferendo quæ minus erunt à partibus corúmque aduocatis probata. Itémque iuramento alterutri deferendo. Solent enim Iudices in dubiis caussis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare qui iurauerit, ait l. admonendi 31, D. de iureiur. ac sæpe iudices non continuò actore non probante reum absoluunt, sed in probationum inopia iuramentum deferunt. l. 3, C. de reb. dub. Cicero de off. 1, Bene præcipiunt qui vetant quicquam agere, quod dubites æquum sit an iniquum. æquitas enim lucet ipsa per se: dubitatio autem cogitationem affert iniuriæ. Sin autem bonam caussam falsitate aliqua vel instrumentorum, vel testium lædi videant, quoniam hic de conscientia & iudicum religione agitur, qui prout religio suggerit, sententiam proferre iubentur, l. eum quem, 79, D. de iudic. religiosius facturos iudices arbitrarer, siquidem huiusmodi sunt, vt ab iis prouocatio sit, si se ab eo iudicio abstineant: atque adeò, si verè id possunt, testes se liberè in ea lite, ac præsertim in criminalibus caussis præbeant. Nam si ab eorum sententia appellaretur, non ea fortasse superior videret quæ illi perspexerant. Sin autem prouocatio ab iis nulla est, tum quia litigatores fidei se ac potestati ipsorum commiserunt, arbitror & diuino & humano iuri consentaneum esse, ex animi sententia, religione, & conscientia pronuntiari. arg. d. l. 3, & l. quæsitum, 13, D. de testib. præsertim si non ex formula

mula,sed ex æquo & bono, ac proinde ex arbitrio iudicent.vt apud Senecam lib.de Clement.2,Clementia,inquit,liberum arbitrium habet, non sub formula,sed ex bono & æquo iudicat. & absoluere illi licet,& quãti vult æstimare litem. Quod verò de testimonio diximus, cautius facturum iudicem, si iudicare supersedeat, ac sese testem præbeat,confirmatur exemplo Scipionis Africani, de quo Cicero in Cluentiana his scribit verbis: Non enim mihi exemplum summi & clarissimi viri P. Africani prætereundum videtur, qui cùm esset Censor,& in equitum censu C. Licinius sacerdos prodiisset,clara voce,vt omnis concio audire posset, dixit, se scire illum verbis conceptis peierasse. siquis contrà dicere vellet, vsurum esse eum suo testimonio.deinde cùm contrà nemo diceret, iussit equum traducere. Et hoc idem tradunt Valer. Max.lib.4. c.de animi moderat. & Quintil. 5. cap. 11.Liuius lib.3.Cùm Decemuiri sine prouocatione creati essent, defosso cadauere domi apud P. Sestium,Patritiæ gentis virum,inuento, prolatóque in concionem,in re iuxta manifesta, atque atroci C.Iulius Decemuir diem Sextio dixit,& accusator apud populum extitit, cuius rei iudex legitimus erat:decesśitque iure suo:vt demptum de vi magistratus populi libertati adiiceret.

An iudicandi munus iuris & legum imperitis mandari possit.

QVAESTIO XXVIII.

IVSTINIANVS quidem in Nouell.82.multis verbis disputat,perniciosum esse,iuris ac legum imperitos ad iudicandi officium adhiberi:quanuis aliũde iuris eius quo de agitur peritiam mutuari posśint.propterea quod ab se illam potius sumere, quàm aliunde corrogare debeant. Præterea satis constat,sententiam contra ius ciuile & constitutiones Principum prolatam nullius esse momenti.l.2,C.quand. prouoc. non necess. vbi iuris imperitus pronuntiarat testamentum ab impubere factum ratum esse. Facit l.non quicquid, 40, D.de iudic.l.Præses, 27, & l.cum prolatis, 32, D.de re iudic. Quod si dolo malo contra Principum constitutiones sententias pronuntiauerint, lege Cornelia de falsis teneri.l.1, D. ad leg. Corn. de fals.Quinetiam dubitatum fuit in l.1, C. ad leg. Iul.maiest.an læsæ maiestatis tenerentur. Vt meritò videri possit,non modò literarum ac disciplinæ alicuius,verumetiam iuris cognitionem exquiri,ne in illa crimina incurrant, si tanquam cæci de coloribus iudicent. Tertiò, cùm officium Iudicis sit, non modò quæ sua sponte litigatores afferunt audire , verùm etiam ab illis ecquidnam certis de rebus pro se afferre ac respondere velint , exquirere,l.iudices,9,C.de iudic.quomodo iuris & legum imperitus interrogationes illas adhibere poterit? de quibus etiam mentio fit in l.penul.D.de inter

act.

act. Quartò nullius momenti sententia est, nisi per ipsum Iudicem de scripto recitata sit: quanuis eam illustribus per officiales suos recitare permittatur. l,3, & l.vlt.C.de sent.ex peric. Ex contraria verò parte ita disputari potest. Primùm satis constat, in ipsa ciuitate Romana, vbi summam Iurisconsultorum dignitatem fuisse certũ est, tamen iudicia non à Iurisconsultis, sed plerunque ab Equitibus (quorum plerique publicani erant) Tribunísque ærarij exerceri solita fuisse. quod ex Verrinis & Asconio & legibus iudiciariis notum est. Quinetiam Cicero Philipp.1, & 5, testis est, Antonij lege iudiciaria cautum fuisse, vt tertia Iudicum centuria fieret è centurionibus, antesignanis, alaudis, manipularibus. Sed & in Gallia nostra annis ab hinc circiter trecentis non modò Iudices iuris & legum periti non erant, verùm etiam plerique illiterati esse solebant. quinetiam Reges ipsi caussas priuatas disceptabant, vt in Francogallia nostra demonstrauimus.

Præterea nemini ignotum est, Romæ apud Cẽtumuiros de priuatis controuersiis omnibus disceptatum fuisse. Iactare se in caussis Centumuiralibus (inquit Cic. de Orat. 1.) in quibus vsucapionũ, tutelarum, gentilitatum, agnationũ, alluuionum, circunluuionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarúmque rerum innumerabilium iura versantur, &c. Multos autem in eo numero à iuris disciplina & studio alienissimos considere solitos, vel ille Ouidij versus argumento est, lib. de Ponto 3, *Vtque fui solitus, sedissem forsi-*

tan vnus De centum iudex in tua verba viris. vt omittam quod omnibus notum est, Iudices Romæ non ex doctrina, sed ex censu fieri solitos: auctore Plin.lib.14,cap.1.Similiter Agell.lib.14, ca.2,scribit, se hominem adolescentem à Poetarũ fabulis, & à Rhetorum epilogis à Prætoribus in iudicum numerum allectum fuisse, confestímque libros de officio Iudicis sumpsisse: vt quoniam vocis viuæ copia deerat, ex mutis magistris officium suum cognosceret. Tertiò satis constat, more Rom. cõparatum fuisse, vt qui Recuperatores à Prætoribus dabantur, plerunque iuris imperiti darentur: cum eo tamen, vt à Iurisconsultis consilium exquirerent, vel ad eos scripta & obsignata Iurisconsultorum responsa deferrentur. Cuius rei præclara in Orat.pro Cæcina documenta videre licet. Quartum argumentum sumi potest ex l. pen. C.de iud. vbi Iustin.statuit, vt etiam militaribus hominibus iudicandi munus mandetur, qui tamen armorum non iuris studio dediti dicuntur in l.vlt. C. de iur. delib. Itaque magistri militiæ inter militares homines caussas etiam ciuiles disceptabant.l. magisteria,6,C.de iurisdict.l.vlt.in princip. De re milit. l. 2,C.si à non compet.iud.l.1,& pass.C.de off.mag. mil.Quintò videmus in l.cum quem,79, §.1,D.de iudic.exemplum dati iudicis, qui de eo iure quod agebatur, eum à quo datus fuerat, consulebat: quippe, cùm ipsius imperitus esset.Sextò, cùm textus in l.1, §.quanuis, D.de postul.& l.cæcus,6,D.de iud.indistinctè statuunt, etiam cæcum officio iudicis fungi posse: nõ distinguemus vtrum casu cæcus factus sit (vt App. Claudius qui sententiam in Senatu

Senatu dicebat) an verò natura, vt nunquam literas didicerit. Non enim corporis, sed mentis cæcitas iudicandi facultatem adimit: veluti impuberibus, id est minoribus annis XVIII. l. cùm Prætor, 12, §. 1, D. de iud. iuncta l. quidam consulebat, 57, D. de re iudic. quanquam natura cęcum, iure ciuili multísque aliis artibus erudiri posse nemini dubium est. Septimũ ex eodẽ argumento sumitur. nã negotiorum administratio etiam imperitis literarum mandari potest. §. 3, De excus. tut. non modò priuatorum, quantùmuis grauium, cuiusmodi est tutela, l. 6, in fi. D. de excus. verumetiam publicorum, vt decurionatus. l. expertes, 6, C. de decur. Quod si ex iuris nostri ratione disputandum esset, videri posset distinctionem adhiberi oportere, Vtrum iudex maior sit, an pedaneus. quæ distinctio memoratur cùm aliis locis innumeris, tũ præsertim in l. properandum, 11, C. de iud. Nam si maior est, quoniam assessores adhibere in consiliũ potest, qui plerunque de corpore iuris studiosorum sumebantur, l. 2, D. quòd quisq. iur. ita puto eum iudicis officio fungi posse, dum tamen illos adhibeat. Sin autem iudex esset pedaneus, tum ita dęmum adhiberi literarum imperitum posse, cùm à Iurisconsultis consilium expetisset. Nam Romanæ ciuitatis hanc fuisse consuetudinem, superius diximus: ídque Imperatorum constitutionibus cõfirmatum fuisse patet ex §. responsa, De iur. nat. gent. & l. 1, C. TH. de resp. prudentum. vbi tanta illorum responsorum erat auctoritas, vt Iudici ab illis recedere non liceret. l. 2, in fin. D. de orig. iur.

An, & quibus casibus, pluribus concurrentibus actionibus uti liceat.

QVAESTIO XXIX.

Ardva, multiplex, & cõfragosa quæstio est. sed ordinem & lucem adhibebimus. Quoties (inquit Vlpian.) concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, vna quis experiri debet. l. nemo, 43, D. de reg. iur. quam sententiam in rerum quidem vindicationibus verissimam esse video, propter l. 3, l. 5, l. 6, l. 7, D. de excep. rei iud. sed actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, inquit Paulus, quòd cùm eadem res ab vno eodem mihi sæpius debeatur (sic enim legendum arbitror) singulas obligationes singulæ caussę sequuntur. nec vlla earum alterius petitione vitiatur. at cùm in rem ago, non expressa caussa, ex qua rem meam esse dico, omnes caussæ vna petitione apprehẽduntur. neque enim amplius quàm semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. l. & an eadem, 14, §. 2, D. eod. Et huc pertinet, l. nunquam, 130, infrà eod. nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit: vt scilicet de personalibus tantùm intelligatur. Itaque cùm eadem res eidem & ab eodem duplici de caussa & obligatione debetur, non modò post vnius actionis damnationem altera vti licebit. l. Aurelius, 28, §. vlt. D. de lib. leg. & in l. Lucius, 93, §. 1, De legat. 3. verùm etiam post vnius victoriam altera insuper vti permittitur. l. si is qui, 18, D. de o[bl]. & act. l. non est nouum, 10, D. de act. empt. Qui[n] etiam

etiam non modò diuersam actionem licet instituere, sed interdum etiam eandem instaurare, ac referre: certis tamen de caussis: veluti ob iustum errorem. l. habitat, 13, D. de inst. act. l. 1, §. vlt. D. quād. de pecul. l. 4, §. vlt. D. quod cum eo qui in al. Item cùm exceptio in priore iudicio temporalis fuerat, vt d. l. 1, §. vlt. Quand. de pec. & l. qui cum herede, 15, D. de obl. & act. item cùm generalis actio prius certis de rebus instituta est, iterúmque de aliis rebus refertur. l. 2. C. de iud. Vbi tamen duæ competunt personales actiones, quarum vna eadémque vtriusque vis est, altera per alteram consumitur, siue ex contractu natæ sint, l. pro socio, 38, §. 1, D. pro soc. & l. generaliter, 5, D. de fideiuss. l. quod in herede, 9, §. 1, D. de tribut. d. l. non est nouum, 10, in fi. D. de act. empt. siue partim ex contractu, partim ex delicto, l. qui seruum, 34, §. si is cui, D. de obl. & act. l. in rebus, 18, §. siue autem, D. commod. l. sed etsi, 18, D. ad leg. Aq. l. 1, §. pen. l. 2, §. 1, De tut. & rat. dist. l. sed actione, 5, D. pro soc. Nihil autem aduersatur l. ei qui, 9, D. de furt. vbi vindicatio & condictio eiusdem furti nomine, nisi à Iudice prouideatur, competunt: partim quia nominatim præceptum tradidimus de duabus personalibus: partim quia non vnius rei nomine ambæ competunt: quoniam illa dominij, hæc furti caussa in odium furum conceditur: partim etiam quia Pomponius ait, vitium istud summi iuris iudicis officio corrigendum esse, quòd vsu obtinuisse patet ex l. 1, C. de re iud. Cùm igitur hæc ita se habeat, necesse est, hāc regulā propriè ad actiones in

rem restringere, nisi fortè agendi initium, hoc est, formularum coniunctionem spectemus: vt ostendat duas simul intendi actiones non posse. Cuius rei testimonium est in l.1, §.2, D.qu.legat.l.plura, 53, D.de oblig.& actionib.l.cùm filius, 76, §, 1, De legat.2. Verùm haud scio, an satis ea sententia dilucidè & commodè his verbis ab Vlpiano concepta sit. Notandum est autem quod addidit, VNIVS REI NOMINE. Nam variarum rerum nomine varias simul actiones edi posse constat, ex l.si idem, 11, D.de iurisd.l.& hæc distinctio, 35, §.1. D.locat. l.quod in herede, 9, §.1, D.de tribut. Itaque cautio adhibenda est in l.interdum, 56, D.de furt. vbi Iulianus scribit, interdũ cũ fure sæpius eiusdẽ rei nomine furti agi posse, veluti si res in domini potestatem rediisset, & idẽ eandẽ subripuisset. Ibi enim vnam rem propriè Iulianus appellat, & à facto distinguit, cùm in plerisq; superioribus rei nomine factũ & delictum intelligamus. Nihil autẽ huc pertinet l.contra maiores, 16, C.de inoff.test. vbi duplex dicitur aduersus testamentum actio institui: prior, non esse iure perfectum: altera, esse inofficiosum. nam Actionis verbum eo loco impropriè vsurpatur pro intentione, cùm de iniusto testamento actio nulla sit: sed incidens tantùm quæstio esse soleat in hereditatis bonorúmve possessionis petitione. l.1, C.de ord.iud. Quantum autem ad personales actiones attinet, disputatio tripertita est. Aut enim omnes rei persecutoriæ sunt, aut omnes pœnales, aut partim rei, partim pœnæ persecutoriæ. Cùm omnes rei persecutoriæ sunt, iam suprà dictum est, omnibus vti licere: nisi fortè om-

nium eadem vis & efficiētia sit. Cùm omnes pœnæ persecutoriæ sunt, tunc aut plura & facta & delicta sunt, neque dubitatur, quin singulis factis singulæ actiones pœnæque debeātur, siue vnus ea fecerit, (l. interdum, 56, D. de furt. l. illud quæsitum, 32, §. 1, D. ad leg. Aq.) siue plures deliquerint: tū enim plura delicta sunt, & à singulis solida pœna debetur. l. item mela, 11, §. 2, D. ad leg. Aq. aut verò vnum & factum & delictum est: cuius vnius caussa plures competunt actiones, veluti arborū furtim cęsarū. quo casu Vlpianus quidem scribit aliā ab aliā non consumi. l. pen. D. de oblig. & act. (vbi tamen considerandū est, an pro DE EADEM PECVNIA, legendum sit, DE EODEM PECCATO: quod tamen non affirmo) sed Pauli interpretatio adhibenda est: iudicis partes fore, vt quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantūdē, aut minus, nihil consequatur. Sic enim legendum esse constat in l. quoties, 41, D. eod. Eiúsq; rei exemplū est in l. 1, & l. pen. D. arb. furt. cæs. l. 1, D. vi bon. rapt. l. 1, §. 2, D. de public. Itaque necesse est interpretari l. cùm ex vno, 32, D. de obl. & act. vt omnibus quidem experiri permittatur ipso iure, sed per exceptionem & iudicem superiores actiones excludantur: cùm singulis delictis non plures, sed singulæ tantùm pœnæ debeantur. l. in senatus, 15, §. 1, D. ad Turpil. Itaque video verbum Consumi expositum in l. item si cum, 14, §. eum qui, D. quod met. cau[illegible]. Denique hoc significat Vlp. in l. 1, §. pen. D. de [illegible]ut. & rat. dist. his verbis, VT QVIS dicat plur[illegible] esse actiones eiusdem facti. Non igitur Hermogenianus in d. l. cùm ex viro, 32, opponendus

est Paulo in d.l.pen.De obl.& act.cùm vtrobíque cõcordissimè de vno facto & delicto respondeãt. Aut vnius facti plura delicta sunt: veluti siquis seruum surripuerit, flagellis ceciderit, occiderit. qua de re variè à Iurisconsultis disputatum, patet ex l. qui seruum, 34, D. de obl. & act. ciúsque varietatis vereor ne vestigia extent in l.2, D.de priua.delict.l.faciendæ, 8, §.1, D.arb.furt.cæs.l.Neratius, 11, §.2, D.de ser.corr.l.si stuprum, 25, D.de iniur.l.inter liberas, 6, D.de adult.l.seruum, 27, D. ad leg. Aqu.§.vlt.D.si quadrup.l.1, §.pen. & l.2, §.1, D.de tut.& rat.dist.l.vulgaris, 21, D.de fur.l.pater, 41, D. de iniur.vbi singulis delictis singulæ pœnæ imponuntur: sic, vt altera alteram non consumat. quod tamen contrà constitutum video, in l.qui seruum, 34, & l.plura, 53, D.de oblig.& act.l.dominium, 8, C.eod.l.pen.§.vlt.D.naut.caup.stab.Aut quædam pœnæ, quædã rei persecutoriæ sunt, quo casu necessaria distinctio est.nã si pœnalis mera est, neutra consumitur. Itaque furti actio condictionem non impedit.l.si pro fure, 7, §.1, D.de condic.furt. vt nec depositi actionem, l.si sacculum, 28, D.depos.neque locati, l.si locatum, 42, D.locat.neque pro socio.l.rei communis, 45, D.pro soc. Mouet dubitationem l. si is cui, 71, D. de furt. sed nulla controuersia est (quod etiam vidit Accursius) quin eo loco furti actionis nomine condictio contineatur, vt in l.cùm furti, 9, D. de in lit.iur. quod eodem modo respondendum est ad l.3, §. vlt. D. naut. caup. stab. vt Furti actionis nomine v[illegible]que comprehendatur, & pœnalis & cõdictitia. Sin a[illegible]tem mixta pœnalis est, tum alterutra consumitur.
Nam

Nam & actio rationibus distrahendis conditionem furtiuam tollit.l.2,§.1, D.de tut.& rat.dist.itémque actio vi bonorum raptorum.l.siue manifestus, 10,§.1,D.de condict.furt.iuncto §.1,Inst.vi bonorum rapt.item actio de calumniatoribus. l. in heredem,5,§. 1, D. de calumniator. quod idem puto de actione serui corrupti,in l.Neratius, 11, §. 2,D. de seru.corr. Sic actio quòd metus caussa rei vindicationem extinguit, l. metum, 19, §.licet,D. quod met.caus.Sic actio legis Aquilię commodati actionem consumit. l. vnde quæritur, 7, & l. in rebus, 18,D. commod.consumit & actionem pro socio.l. sed actione,50, D. pro soc. Sed hæc illam non consumit : nisi quatenus plus in hac quàm in illa est. l. qui seruum,34,in fi.D.de obl. & act. vbi sine dubio legēdum est, VERIVS EST REMANERE, quia simplo accedit, & simplo subducto locũ habet. Itaque accipiendam arbitror, l.2,§.1,D.de priuat. delict. vt furtiua quidem condictio non consumat legis Aquiliæ actionem : sed hæc illam consumat , si prius instituta sit , quæ regula in omnibus superioribus tenēda est. Et ad huius pœnæ legitimæ instar idem inductum est in pœnas conuentionales.l.prædia,28,D.de act.empt.l.4,§. Labeo,De dol.except.

Naturalis interitus rei post moram accidens, vtrum ad actorem, an ad reum pertineat.

QVAESTIO XXX.

VETVS & ardua quæstio est, Ad quem naturalis interitus rei post morã accidens pertineat: vtrúmne ad actorē, an ad reũ. Et ne

perpetuò Martinos & Ioannes loquamur, à quibus primum vexata hæc quęstio creditur: dicimus, eam inter Sabinianos & Proculianos iam olim agitatam fuiſſe, ídque in vtroque actionis genere: hoc eſt, & perſonalis & realis. Prius autem de perſonali diſſerendum eſt. Ac diſſenſionis quidem illius teſtimonium extat in l. ſi plures, 14, §. vlt. D. depoſ. vbi Caius teſtatur Sabinum & Caſsium ſtatuiſſe, naturalem depoſitæ rei interitum ad actorē pertinere: id eſt, cùm res apud actorem omnimodo interitura fuerat, quemadmodum apud debitorem ſua ſponte interiit. Sabino, Caſsio & Caio video apertè aſtipulari Paulum in l. ſi homo, 8, D. de re iudic. vbi non de depoſito, ſed de ſtipulatu loquens, perſpicuè ſtatuit, homine poſt litem cōteſtatam mortuo, debitorem in fructus tantummodò damnādum eſſe. Planiúſque lex illa intelligetur ex coniunctione l. vtique, 16, D. de rei vindic. quæ eiuſdem eſt auctoris. Et tamen video eundem ipſum auctorem Paulum in l. electio, 26, §. ſi is quem, D. de nox. act. ſcribere, dominum qui in accipiendo nòxali iudicio moram fecit, homine mortuo non liberari: ſi dolo deſierit poſsidere, liberari. quod tamen (ſi quidē exiſtimationi Pauli conſulere volumus) non de re principali, ſed de ipſius fructibus, acceſsione, & cauſſa intelligendū erit. ex d. l. vtique, & l. cùm fundus, 31, D. de rebus cred. & l. quæſitum, 91, §. vlt. de leg. 1. Atque hæc quidem de Sabinianorum ſententia. n[...]c de Proculianica videamus. Primùm igitur pro[...]eat Pōponius qui in l. ſi in Aſia, 12, §. vlt. D. depo[...] generaliter ſcribit, quod ex ſtipulatu, ex teſtamen[...]

ex

ex deposito debetur, si post acceptum iudicium interierit, debitoris damno interire. quod idem planissimè confirmat in l. quod te, 5, D. de rebus cred. & l. si ex legati, 23, D. de verb. oblig. idem apertissimè tradit Africanus in l. si seruus, 108, §. si seruus legatus, D. de legat. prim. vbi scribit, seruũ legatum post moram ab herede cõmissam heredis periculo viuere. Idem quoque Scæuola in l. si pupillus, 127, D. de verb. oblig. Et rursus Vlpianus in l. nemo, 82, §. 1, D. de verb. oblig. vbi ait, promissorem hominis, mortuo post ipsius moram homine, nihilominus teneri. moram autem etiam fecisse videri, qui litigare maluit quàm restituere. quod idem confirmat in l. si duo, 16, §. 2, D. de pecun. const. vbi ait, etiamsi per rerum naturam stetit, tamen debitorem qui in mora est, teneri. Itémque in l. cùm res, 47, §. vlt. D. de legat. prim. Quid? Paulus quánam in sententia est? Cùm filiusfam. inquit, Stichum dari spopondit, & cùm per eum staret quominus daret, Stichus decessit: datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. l. cùm filius, 49, D. de verb. obl. Nõ igitur omnimodo teneri filium affirmat, sed quadantenus duntaxat. quod ego propter Pauli existimationem, & ne pugnantia loqui videatur, interpretor de caussa, accessione, & fructibus: non autem de homine ipso. iuxta d. l. si homo, & d. l. vbique. Sequitur vt de in rem actionibus videamus, in quibus Proculianorum hæc fuit sententia, vt naturalis rei interitus post litem contestatam ad possessorem pertineret. Cassianorum cõtra, vt ad actorem. l. illud quoque, 40, D. de hered. petit. vbi Pau

lus tanquam arbiter honorarius ita controuersiam illam dirimit, vt Sabinianorum sententia in bonæ fidei possessore, Proculianorum, in prædone locum habeat. Et hanc rationem subiungit.ne bonæ fidei possessor, propter metum huius periculi, temerè indefensum ius suum relinquat. huiusce Pauli sententiæ alibi quoque testimonium extat, hoc est, in l.vtique,16, D.de rei vindic.vbi ait,possessorem interempta re de fructibus tamen & partibus teneri.non enim post litem contestatam vtique & fatum præstare debere. Quod cùm ita sit, consentaneum est, alterum Pauli locum hoc eodem modo interpretari in l.de eo, 12,§.si post, D. ad exhib.vbi ait, possessorem interdum damnandum esse in id quod actoris interest. præsertim autem si apud actorem peritura res non fuerat. vt si bonæ fidei possessor fuerit, liberetur: sin malæ, condẽnetur.Contrà verò Vlpianus in l. item si,15, §.1,D.de rei vindic.istam Sabinianorum & Proculianorum dissensionem significans, Si seruus,inquit,petitus demortuus sit, pretium non esse præstandum plerique aiunt(hoc est, Sabiniani) sed est verius,si fortè distracturus erat petitor, si accepisset,moram passo debere præstari. nam si ei restituisset,distraxisset,& pretium esset lucratus. Atque hæc quidem ita se habent,extra quàm in duobus casibus, hoc est in furto, & violenta possessione.nam his casibus omnium consensu receptum fuit,vt rei interitus semper ad moratorem pertineret. Itaq; interpretor quod ait Vlpianus in l.inter omnes,46, De furt.Inter omnes constat,etiam si extincta sit res furtiua, attamen furti manere actionem:

nem:id est,inter Sabinianos & Proculianos.De vi autem idẽ testatur in l.1,§.rectissimè,D.vnde vi & de vi arm.& Iulianus ac Tryphoninus in l.merito, 19,D.eo.Neque obstat l.itẽ si,14,§.quid si homo, D.quod met.causs.quoniam ibi agitur de tempore ad iudicatum faciẽdum permisso:quo tẽpore moram non committi constat. Vnde ex cõtrario ratiocinari licet, interitum rei qui ante rẽ iudicatam euenit,ad ipsum pertinere. Hæc cùm ita in libris nostris essent tradita,exorta est inter Martinum & Ioannem disputatio , An interitu rei post moram accidente debitor liberetur. Nam Martinus distinguendum esse aiebat inter naturalem , & eum qui debitoris culpa euenisset : vt naturali liberaretur: alterum præstare deberet. Ioãnes contrà indistinctè omnem interitũ periculo debitoris esse.Ioãnis sententiã Bartholus innumerabilésque alij sequuti sunt.hac vna de caussa , quia fur & morator æquiparantur in l.inter stipulantem,83,§.penul. D. de verb.oblig. Sed non si vna aliqua in re comparantur,iccirco in omnibus comparandi sunt.Præterea tantum abest,vt omnis morator fur sit, vt ne malæ quidem fidei possessor omnimodo fur esse intelligatur. Nam fur est, qui inuito domino rem alienam lucri faciendi caussa contrectat.At malæ fidei possessor rem quam aliẽnã esse scit , occupare potest, non tamen interuertendi animo. Quoniam igitur verum est, eum qui litigare quàm restituere maluit, in moram committere, d.l.nemo, §.1, D. de verb.oblig.absurdum videtur , hanc quæstionem ab ista superiore separare.prçsertim cùm in plerisque eorum locorum quos superius commemorá-

uimus, non præcisè de lite contestata, sed infinitè de mora & moratoribus agatur. Quòd si remotis Iurisconsultorum disputationibus ipsam rei æquitatem spectare volumus, non absurdè fortasse ita definiemus: vt non omnem moratorem eodem loco habeamus: sed eum qui bona fide cunctatur, ab eo qui frustrator est, distinguamus. Cunctatorem dicimus eum, qui iustam se recusandi caussam habere putat: Frustratorem, qui mala fide recusat. l. sciendum, 21, & l. seq. D. de vsur. Illum naturali rei interitu liberari, siue statim actor eam venditurus erat, siue non: hunc verò, non liberari. & hanc suæ malæ fidei ac frustrationis pœnam esse oportere, siue statim actor eam venditurus fuerat, siue non.

An pendente iudicio petitorio, agi possessorio liceat.

QVAESTIO XXXI.

PERVVLGATA quæstio est, An qui vindicare rem cœpit, mutato consilio agere interdicto Vti possidetis possit: de qua tractatur ab Vlp. in l. naturaliter, 12, §. 1, D. de acq. poss. Dubitandi autem caussa ex eo intelligitur, quòd finis vindicationis, est Restitutio: interdicti autẽ, Retentio. vnde Retinendæ possessionis interdictũ appellatur in l. 1, §. 3, D. vti possid. quare pugnantia postulare videtur, qui rem sibi restitui, & eandem sibi seruari postulat. Finem autem vindicationis esse restitutionem, vetus ipsius formulá declar-

Si

Si pateret fundum Capenatem P.Seruilij esse, neque cum Mæuius restituat,tum Mæuius quanti ea res erit,damnetur. Cuius formulæ testimonium extat in Verr.IIII.& in l.præterea,20,l. qui restituere,68,D.de rei vindic. Hinc cõstitutũ est, primùm vt is qui destinauit rem petere, animaduertere debeat,an aliquo interdicto possessionem nãcisci possit.l.is qui destinauit,24,D.eod.Nam possessio non vindicatione,sed interdicto petitur. l.3, §.est autem,& §.si mecum , & §.seq. D.ad exhib. item vt litigatores ipsi inter se placidè statuant, vter illorum possessor sit. l.1, §.inter, D. vti poss. Denique vt in vindicatione instituenda prius interrogare reum liceat, an possideat. l. qui petitorio, 36, eod. & l.1, §.1, D. de interr. vt si neget, actor ad se possessionem transferat, quanuis suam esse rem non probauerit.l.vlt. D. de rei vind.Hinc illud est quod scribitur in l.inter litigantes,62,D.de iud.& §. retinendæ, De interd. petitoriam actionem institui non posse, nisi antè exploratum fuerit, vtrius litigatoris possessio sit. quia & ciuilis & naturalis ratio facit, vt alius possideat,& alius à possidẽte petat:deinde in l.actionũ, 25, D.de obl.& act.In rẽ actionem esse, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, & semper aduersus eum esse, qui rem possidet. Item in l.1,§.interdictum,D.vti poss.actionem nũquam vlli possesso[illegible]ari. ei nanque sufficere quod possideat:pos[illegible]mò in l.officium,9,D. de rei vind. officiu[illegible]adicis in ea actione esse,vt inspiciat an reus po[illegible]deat:quasi si actor possideret,iudicium omit[illegible]oporteret. quò eòdem pertinet l.1, C. vbi in

rem act.& l.exitus,55,D.de acq.poss. Quæ cùm ita sint, repugnare hæc videntur, fateri aduersarium possidere,& nihilominus petere, vt sibi possessionem retinere liceat:non videri possessioni renuntiare,qui rem vindicauit.Quid enim per rei vindicationem restituitur?non certè proprietas, quam actor suam esse intendit, sed possessio. ídque non ex actionis formula, sed ex iudicis officio.l.qui restituere,D.de rei vind.ex quo intelligi potest, per rei vindicationem aliud peti, aliud restitui. nam petitur tantùm vt sua res esse pronuntietur:possessio non petitur.neq; enim vindicari possessio potest.d.l.3, D. ad exhib. sed tamen restituitur. Ad hanc quæstionem quod alij attulerunt, vidi: quod mihi dubitationem adimeret,nōdum vidi:vereórque(vt ingenuè fatear) ne plerunque in iis qui cōsultò inter se dissentiunt conciliandis,nimium ingeniosi esse velimus. Cui enim obscura esse potest Proculianorum & Sabinianorum contentio,an eiusdem rei duo possessores esse possint? cùm hi affirmarent,vnum naturaliter,alterum ciuiliter: vnū iustè,alterum iniustè possidere posse. illi verò negarent.l.3,§. ex contrario,D.de acq.poss.l.3,D.vti poss.l.& habet,15,§.4,D.de precar.Qua ex contētione altera illa inter eosdem nata est, An etiam aduersus depositarium & commodatarium & similes vindicatione agi posit.l. officium, 9, D. de rei vind.vbi Vlpian.Sabinianos sequutus, affirmat agi posse:cùm id Pegasus negaret. In eadémque sententia Papinianum esse video,qui in l.cum fundum, 18, §.1, D. vnd. vi, scribit, eum qui fundum vindicauit, pendente iudicio, nihilominus interdict-

dicto vnde vi agere posse. Sed alia in contrariam partem iuris ratio est. Nam Paulus, (quem ab Vlp. hac in re, item vt in plerisque aliis, dissensisse arbitror) affirmat eum qui interdicto agere de possessione cœpit, postea in rem agere nihilominus posse: quoniã in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. l. & an eadem, 14, §. 1, D. de except. rei iud. Eiúsque rei ratio perspicua est. Non enim qui possessionem petit, continuò proprietati renuntiat. Vnde illud Quintil. lib. 7, cap. 5, Vt in spõsionibus, inquit, quæ ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quæstio, sed tantùm possessionis: tamen non solùm possidere nos, sed etiam nostrum possedisse docere, oportebit. At ex cõtrario (si quidem ex Proculianorum sententia cõstituamus, duos eiusdem rei possessores esse non posse) difficile dictu est, non eum qui rem vindicat possessioni renuntiasse: fieri, inquam, non potest, vt ei possessionem Iudex restitui iubeat, qui eam habebat: nisi ex Cassij, Sabini, Papiniani, & Vlpiani sententia dicamus, alium naturaliter, alium ciuiliter, alium iniustè, alium iustè, possidere. quam solam huius soluendæ quæstionis rationem esse arbitror. quanquam ad illum Quintiliani locum illud prætermittendũ nõ est, sed diligenter obseruandum, non esse verisimile ante Constantini legem, proprietatis & possessionis caussam vno eodémque iudicio disceptatam fuisse, l. nulli prorsus, 29, C. de iud. cúm neque eadem res, neque eadem caussa sit: & Iudex alia de re quàm de qua postulatus fuisset, cognoscere non posset. l. vt fundus, 18, D. com. diu. Superest quæstio perdifficilis, In petitione

possessionis quasi vi ereptæ, vtrum prius de vi, an de possessione quæri oporteat. Nam, si quidem ciuiliter agatur, de vtraque vno & eodem iudicio transigitur: quoniam eadem & res & caussa est: sin autem criminaliter, difficile dictu est, non pugnare inter se. l. 1, C. de appell. l. si quis, 7, C. ad leg. Iul. de vi pub. quæ prius de possessione quàm de crimine cognosci statuunt, & l. 5, §. 1, D. ad leg. Iul. de vi pub. & l. si de vi, 37, D. de iud. quę prius de crimine quæri & iudicium fieri sanxerunt.

An totius & partium idem ius sit, quod vniuersitatis & rerum singularum: aut quibus inter se rebus differant.

QVAESTIO XXXII.

MVLTIS quidem in rebus Totum & Vniuersitas ita conueniunt, vt paria & penè gemina videantur. Nam primùm omnium, vt Totum conficitur ex partibus compactis: veluti nauis ex puppi, prora, & carina: domus, ex fundamento, parietibus & tecto: sic Vniuersitas ex rebus singulis inter se coniunctis: vt populus ex hominibus, grex ex ouibus, armentum ex bubus. l. rerum mixtura, 30, D. de vsurpat. Secundò, vt partes continentur Toto, l. in toto, 113, D. de reg. iur. sic res singulæ Vniuerso: veluti instrumento fundi, quæcunque ad eum instruendum pertin[illegible] l. quæsitũ, 12, §. sed si fũdus, D. de instr. vel inst. leg. [illegible]uod Arnobius lib. adu. Gẽt. 2. sic explicat, In Toto p[illegible]s est, non Totum in parte: & Vniuersitas debe[illegible]

attrahere

attrahere portiones, non portionibus Vniuersitas applicari. eodémque pertinet l.si vnus, 27,§.item si,D.de pact. Tertiò, vt Totius interitu partes sub tili ratione non intereunt, teste Aristot. Top.6. quod etiam patet ex l. mortuo,48, D.de legat. 2. l.si seruus,14,§. boue,D.de cond.furt.sic Vniuersitate perempta singulæ res non perimuntur. l. 4, §.pen. D.de pecul.vbi peculio propter pecuniam domino debitam exhausto, res tamẽ singulæ peculiares manent, vt ad supplendum peculiũ noua concessione opus non sit. Quartò, sicut partibus sublatis Totum interit, teste Aristotele, eod. lib. Top.6,ita rebus singulis perẽptis, Vniuersitas extinguitur:veluti grex,aut armẽtum peremptis capitibus.l.si grege,22,D.de legat.1.Quintò,vt Totum est vnum, sic Vniuersitas est vnum. Itaque si supellex, aut grex, aut armentum, aut vestis, aut peculium,aut instrumẽtum legatum sit, vnum legatum est.l.scire debemus,29,D.de verb.oblig. ideòque vt cui Totum legatum est,partem agnoscere,partem repudiare nõ potest,l.4, D.de legat. 2.sic cui Vniuersitas legata est, quasdam res accipere, quasdam reiicere non potest.l.2, & l.grege, 6,D.de legat.2.Quinetiam Vniuersitas hominum vnius personæ vicem sustinet.l.mortuo,22,De fideic. Et si chorus aut familia legetur, perinde est quasi singuli homines legati essent. l. si chorus, 79,D. de leg.3.& qui carrucã vel lecticam commodauit, nõ rectè singulas res commodati actione repetet.l.in commodato,17, §.pen.D. cõmod. Sextò vt pars Toti derogat,sic res singularis Vniuersitati. Quod Iurisconsulti sic enuntiant, In to-

to iure generi per speciem derogatur.l.80, De reg. iur. veluti, si cum Titio penum omne legatum esset, Mæuio postea vinum legetur, Mæuio vinum debebitur.l.2, D. de trit. vin. & ol. Item sicui peculium legatum est, dein vicarius liber esse iussus, vel alteri legatus est, singulare legatum vniuersali detrahet.l.si peculium,10, D.de manum.test.& si cui instrumentum omne, pòst alteri mancipium quoddam eiusdem instrumenti legatum est, posterius legatum de vniuersali deminuet.l.legatum 24,§.1. D.de adim. leg. Septimò, sicut pactum & res iudicata de Toto, ad eius omnes partes: sic de Vniuersitate, ad res ipsius singulas pertinet.l.si vnus,27, §. item si pactus, D. de pact.l.siquis,7, in princ.& §.pen.& vlt.& l.si cùm argentum,21,§.1, D.de except.rei iud. Octauò, sicut particulari mutatione singularum partium Totum tamen non mutatur, sed idem manet: sic etiam Vniuersitas.l. proponebatur,76, D.de iudic.l. qui res suas 98,§. vlt.D.de solut.l.inter stipulãtem,83,§. sacram, De verb.obl. Ex contrario tamẽ animaduertere possumus, eadem inter se longissimè multis in rebus discrepare. Nam primùm omnium Totũ de tribus corporum generibus vsurpatur, de quibus in l.rerũ mixtura,30, D.de vsurp. hoc est, de eo quod cõtinuum est, vt homo, tignum, lapis, de eo quod ex cohęrentibus partibus constat, vt ædificium, nauis, taberna: & de eo quod ex distantibus constat, vt populus, legio, grex. Vniuersitas item de duobus posterioribus duntaxat vsurpatur. [illegible] rdũ ita, vt Totum concretum dupliciter consideret[illegible] nimirum tanquam Totum, & tanquam Vniuersitas

ſitas. nam in naui, & tabulæ ſingulæ, quibus conſtat,& res quæ in ea inſunt,ſpectãtur,& in taberna trabes, & tabulæ:(vt cùm taberna vendi dicitur.l. qui tabernam, 32, D. de contr. empt.) itémque vt merces: veluti cùm taberna oppignerari dicitur, in l.cùm tabernam,34,D.de pig.Quinetiam abuſus in his vocabulis notandus atque obſeruandus eſt. Nam & Tota hereditas ſæpenumerò dicitur, quæ rectius vniuerſa diceretur.l. 1, D.de acq. her. l. quidam,20, C. de iur.delib.& ſocietas totorum bonorum,in l.ſi vnus,67,§. 1,D. pro ſoc.quæ rectius vniuerſorum, aut omnium dicitur in l. 5, & l.cum duobus,52,§.pen,& l.verum eſt,63,D.eod. Viciſsímque vniuerſitas fundi dicitur in l.2, §. cũ Stichum, D. pro empt. cùm verius Totus fundus diceretur, vt l. 3. in pr.D.de acq.poſſ.& quod illa Vniuerſitas fundi partibus opponitur, rectius hîc Vniuerſo fundo, ſingulæ glebæ, Toti verò,partes ipſæ opponuntur. Idémque licet animaduertere in l.ſi ſeruus,82, D.de acq.her. vbi quod ius eſt in Vniuerſo,idẽ in portione eſſe dicitur, pro, Quòd ius eſt in Toto, vt poſterius dicemus. Quinetiam Vniuerſum pro Toto, interdum pro Genere veteres abuſiuè & impropriè dixerunt, itémque Partem pro Specie.Cicero in Bruto, Niſi eam prę terea didiciſſet artem,quę docet rẽ vniuerſam tribuere in partes. Et in Oratore, Latius enim de genere quàm de parte diſceptare licet, vt quod in vniuerſ[illegible]at probatum, id in parte ſit probari neceſſ[illegible] ſecunda differentia eſt,quòd Totum ratio[illegible]m habet cũ partibus,hoc eſt,refertur ad partes: Vniuerſum ad res ſingulas, atque iis opponitur,

adeo vt vna eadémque in re (quemadmodũ paulò antè posuimus) & Totum & Vniuersitas diuerso respectu considerentur. veluti, multis locis negatur apud Iurisc. lapides, cæmentum, calcem, tigna, columnas, fenestras ædificij partes esse, vt l. & per iusiurandũ, 13, §. illud, D. de accept. itémq; tabulas esse partes nauis. l. naue, 36, D. de euict. hac nimirũ de caussa, quoniã Iuriscõsulti res istas singulas appellant, quas nõ ad Totũ, sed ad Vniuersitatẽ referũt. l. adeò, 7, §. in suo, D. de acq. rer. dom. l. eũ qui, 23, D. de vsurp. l. si quis, 7, §. 1, D. de exc. rei iud. Nã in libris nostris Vniuersitas & Singulæ res inter se opponuntur, veluti hereditas, & res singulæ quæ in ea continentur. l. 1, D. de rei vind. l. liberorum, 308, D. de verb. signif. nauis & ædificium, résque singulæ ex quibus constant. in l. si vnus, 27, §. item si, D. de pact. & vniuersitas municipij, & singuli municipes. l. 1, & pass. D. qui cuius. vniu. & vniuersitas bonorum, & res singulæ. l. 1, D. de interd. & l. 1, D. quor. bon. & vniuersitas armarij, & singulæ res quę in eo continentur. l. qui vniuersas, 30, D. de acq. poss. Et in hanc sententiam in Quæst. 1, dicebamus, Vniuersa Regis esse: singula verò priuatorum. Contrà autem nulla res hereditaria pars hereditatis numeratur. l. quamuis, 14, D. si q. om. causs. adeo vt nec legatum hereditatis pars sit. l. qui fundum, 83, §. 3, D. ad leg. Falc. nulla res peculiaris pars peculij sit. l. 4, §. si ære, D. de pecul. l. 1, [illegible] 2, D. de tributar. nulla res dotalis pars dotis dicat[illegible] l. in fi. princ. D. de dot. re leg. & l. quod dicitur, 5, [illegible] de imp. in res dot. Quæ cùm ita sint, difficile dic[illegible] est, verum videri quod à nonnullis scribitur, Totius

tius partes eſſe integrales: quales ſunt in domo, fundamẽtum, parietes, tectum. Vniuerſitatis autem eſſe quotas, id eſt, quæ ſine ſubiecti interitu eſſe poſſunt: cùm verius ac certius has Intellectas eſſe diceremus, illas Naturales: ſiue vt Iuriſc. loquuntur, has pro diuiſo, illas pro indiuiſo. Nam Quotas partes eſſe volunt, quibus per numerum reſpondetur, veluti dimidias, quartas, aut tertias. l. cùm quæſtio, 23, D. de legat. quæ tamen aliæ non ſunt ab vſitatis aſsis partibus: vti conſtat ex l. 2, §. ſi duo, D. de col. bon. Vniuerſitati enim (vt iam antè dictum eſt) partes non opponuntur, ſed res ſingulæ. Tertia differentia eſt, quòd partes in Toto agunt, & quaſi quodammodo (vt animalis) membra ſunt. Nã (vt ait Ariſtot. Polit. 1. & lib. Meteor. 4,) hæ demum verè propriéque partes ſunt, quæ ſuo munere funguntur. πάντα τῷ ἔργῳ ὥρισαι, καὶ τῇ δυνάμει. Itaque manus à corpore ſeparata nihilo magis pars eſt corporis quàm manus lignea, aut lapidea, niſi ὁμωνύμως: id eſt, communione nominis. vt l. ſi ſtatuam, 14, de aur. & argẽ. leg. Nam tectum propriè dicitur, quod tegit: & rota quæ voluitur: & in naui membra dicuntur, quibus nauigatio iuuatur, vt puppis, prora, carina, malus, velum, gubernaculum. l. ſcapham, 44, D. de euict. l. malum 242, D. de verb. ſignif. At res ſingulæ in Vniuerſo nihil agunt: id eſt, non efficiunt vt res ſit id quod eſt, vel magis vel minus. l. quæque, 13, D. de pignorib. vnde [illegible]ata apud Dialecticos diſputatio de Sorite [illegible]æ acerualis Latinè dicitur. Sic quadrigæ p[illegible]es ſunt equi ſinguli. nam ſinguli valent ad quadrigam efficiendam. Itaque quadrigæ legatũ, vno

equo mortuo, extinguitur. at equorum vniuersitate legata, quandiu quilibet vnus supererit, legatum debebitur: quoniam non singuli ad vniuersitatẽ efficiendam valent. sed cũcti, omnes, vniuersi: quemadmodum mox docebimus. Similiter onera quædam in nauim imposita, vel non imposita, aut merces in armarium impositæ vel non impositæ, non efficiunt vt magis nauis aut armarium vel sit, vel non sit. Quarta differentia est, quòd Totum finitum est, hoc est, neque accretionem neque decretionem recipit. Nam (vt ait Aristot. de Natur. 3.) Totum & Perfectum idem sunt: quoniam vtrũque definitur, id cui nulla pars deest. Nihil est extra totum (ait Seneca, lib. de vit. beat.) non magis quàm vltra finem. Vniuersitas autẽ indefinita est. adiectionem enim & detractionem recipit, vt de peculio dicitur, quod crescit & decrescit. l. peculium, 11, D. de pecul. itémque de familia in l. peculium, 65 D. de leg. 2. & de hereditate, quæ augmentum recipit, & diminutionem. l. item veniunt, 20, §. item non solum, D. de her. pet. Item de grege, in l. si cùm argentum, 21, §. 1, D. de exc. rei iud. Itaque Totum plerunque parte vna detracta perimitur: veluti, in quadriga, vbi vno equo sublato quadriga interire dicitur, quia quadriga esse desinit. At si Vniuersitatem singulorum equorum spectauit testator, aliud iuris est. nam vno detracto reliqui debebuntur. l. quid tamen, 10, in fi. D. quib. mod. vsufr. amitt. l. peculium, 65, §. 1, D. de legat. 2. quod eodem modo de fundi instrumento iudicandum putarem, propter l. quæsitum, 12, §. si quis eodem, 10, D. de inst. vel instr. vbi pro parte diuidi instrumentum posse negatur. Quinta

differentia est, quòd Totum & partes eiusdem generis sunt. Nam si partes sunt corporales, etiam Totũ corporale est: si partes mobiles, aut immobiles, etiam Totum mobile, aut immobile. veluti, fundi, aut gregis, aut armenti, aut equitij. Vniuersitas autem semper incorporalis est, & nomen iuris: etiamsi res omnes corporales sint, aut partim corporales, partim incorporales, veluti hereditas, aut peculium, aut dos, in quibus vtriusque generis res continentur. l.1, D. de rer. diu. Sic res singulæ mobiles esse possunt, cùm Vniuersitas erit immobilis: vt de ædificio luculenter disputatur in l. eum qui, 23, D. de vsurp. vbi emptor ædium nõ res singulas, ex quibus ædificium constat, & quæ mobiles sunt, sed Vniuersitatem ipsam quæ immobilis est, possidere dicitur: indéque sublato ædificio præteritũ tempus quod ad ædium vsucapionẽ valuit, ad rerum singularum, quæ mobiles sunt, vsucapionem non prodest: quoniam vna eadémque res simul vt & mobilis & immobilis posſideri nõ potest. Sexta differẽtia est, quòd Totum quoniam partes habet, diuiduum est, siue partes fiant pro diuiso, siue pro indiuiso. l. rectè dicimus, 25, De verb. sig. Vniuersitas autẽ, quia partes non habet, diuisionem non recipit. l.1, D. de acq. her. vbi, qui vniuersam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo acquirere non potest, & qui partem hereditatis adit, vniuersam hereditatem adire intelligit[illegible].l.quidam, 20, C. de iur. delib. l. interdũ, 13, §.1, D. de her. inst. & in vnicam rem institutus, in [illegible]u institutus intelligitur. l.1, §. si fundo, & l. si [illegible] facto, 3, D. eod. Septima differẽtia est, quoniam

regulariter quod ius est in Toto, quoad totum, idem iuris est in parte, quoad partem, vulg. l. quę de tota, D. de rei vind. l. 3, D. pro derel. l. in ratione, 30, §. rursus, D. ad l. falc. l. si duo, 51, in fi. D. de adm. tut. At non quod iuris est in Vniuerso, idē in rebus singulis ius est. non enim qui vniuersam domum, aut nauem, aut armarium possidet, iccirco singulas res quæ in iis sunt, possidet. l. qui vniuersas, 30, D. de acq. poss. non qui vniuersitatem ædificij vsucapit, continuò singulas res, ex quibus constabat, vsucepisse intelligitur. l. adeo, 7, §. illud rectè, D. de acq. rer. dom. & d. l. eum qui, 23, D. de vsurp. Similiter qui gregem vsucepit, non continuò singulas oues vsucepit. l. rerum mixtura, 30, §. vlt. D. de vsurp. Non si qua res Vniuersitatis est, iccirco singulorum est, vt theatrum, stadium, campus Martius: non si seruus ciuitatis communis est, iccirco singulorum pro parte seruus est, sed Vniuersitatis: non si quis ab Vniuersitate manumissus est, iccirco singulorum libertus est, sed Vniuersitatis. Qua de caussa Vniuersitatem sine venia in ius vocare non poterit, singulos poterit. l. in tantum, 6, §. 1, D. de rer. diu. l. sed si, 10, §. 1, D. de in ius voc. non si quis nauem, aut domum vendidit, iccirco singulas tabulas, vel singulos lapides vendidit. qua de caussa nec euictiōis nomine tenebitur, si qua res euicta sit. l. naue, 36, D. de euict. non si quid Vniuersitati debetur, singulis debetur: nec quod debet Vniuersitas, singuli debēt. l. sicut, 7, §. 1, D. quod cui. vniu. non si actor ab Vniuersitate constitutus est, iccirco singulorum actor est, sed Reipub. duntaxat. l. 2, D. eod. vicissimque non si quid singulis

ac ſeparatim alienari non poteſt: icirco vniuerſè alienari non poteſt: vt fundus dotalis, & res cuius commercium aliquis non habet, quæ tamen cum hereditatis vniuerſitate tranſfertur. l. quædam, 62, D. de acq. rer. dom. non ſi res ſingulæ hereditariæ vſucapi poſſunt, icirco hereditas vſucapi poteſt (quam ineptam Iuriſconſultorum argutiam Seneca minus conſideratè nominabat, lib. de benef. 6.) nam illæ corporales ſunt, hæc incorporalis eſt, in quod genus vſucapio non cadit. l. ſeruitutes, 14, D. de ſeruit. Ex quibus ita diſputatis perſpicuum eſt, inter Totum & partes iuris analogiam & proportionem eſſe: inter Vniuerſitatem & res ſingulas, nullam eſſe: cautionémque adhibendam, vt ad id quod Totum eſt, partes: ad id quod Vniuerſum eſt, res ſingulæ referantur, ſuúmque ſingulis ius attribuatur.

Re à pluribus furto ſublata, quam tollere ſinguli non potuiſſent, vtrum vniuerſi tantùm, an verò ſinguli furti teneantur.

QVAESTIO XXXIII.

HAEC quæſtio ſuperiori finitima eſt, præcipuéque ex eo capite dependet, quo diximus, Totum aliud eſſe continuũ, aliud cõcretũ, aliud deiunctũ. Totum autem concretum dupliciter conſiderari, nimirum vt Totum & partes: itémq; vt Vniuerſum & res ſingulas. poſtremò Totum deiunctum, verè propriéq; Vniuerſum dici. Verum mixtura, 30, D. de vſurp. Quare in quæſtio-

ne proposita plurimi intereſt, quo ex triũ illorum genere res ea ſit, quæ furto ſublata dicatur. noſtri quidem de trabe exempla ediderũt in l.ita vulneratus, 51, in fi. D. ad leg. Aqui. & l. vulgaris, 21, §. vlt. D. de furt. vbi fatentur, ſi differendi ſubtilitati locus relinquatur, fore vt neque vniuerſi, neque ſinguli teneantur. aut enim totius trabis ſinguli fures ſunt, aut partis. Totius non eſſe, definitio demonſtrat: furtũ enim contrectatio eſt, neque ſine contrectatione committi dicitur in l.1, & l. ſiquis, 52, §. neque, D. de furt. Verum eſt autem, neminem vnum illam trabem ſuſtuliſſe: ait Iulianus in d.l. ita vulneratus, ſed totius rei vniuerſos furtum feciſſe, vt ait Vlpianus d.l. vulgaris. Rurſus pro parte furtum ſinguli non fecerunt, vt eodem loco ſcribitur. quia trabs integra & indiuiſa eſt. Reſtat vt omnes ſiue vniuerſi, ſimul furti teneantur. veluti, ſi quatuor trabem ſuſtulerũt, vt omnes pro vna trabe quadrupli nomine quatuor trabes ſoluant. Sed refragatur Regula iuris, vt Quot delinquentium perſonæ ſunt, tot delicta numerentur: & Quę pœna delictis impoſita eſt, ſi plures deliquerunt, vt à ſingulis ſolida pręſtetur. l. ſi familia, 9, D. de iuriſdic. & l. ſi plures, 34, D. de iniur. vbi quot ſerui iniuria aliquem affecerunt, aut damnũ dederunt, tot iniuriæ, tot damna numerantur, totidémque pœnę deberi dicuntur: neque vnius ſolutio alterum eiuſdem delicti ſocium liberat. qua de cauſſa plures eiuſdem rei fures, in ſolidum ſinguli o[illegible]gãtur: neque pœna ab vno præſtita alios liberat. l. [illegible] C. de cond. furt. nam quod à pluribus fit pro in[illegible]uiſo, ſingulos in ſolidum obligat. l. ſemper, 15, §. 2, [illegible]

quo[illegible]

quod vi aut clam.ſublatáque illa Quintiliani quæſtio eſt lib.7, cap. 5, Cùm duo fures pecuniam abſtulerunt, ſeparatim quadruplum quiſque an duplum debeat.l.tres tutores,55. D.de admin.tut. ſimilitérque ſi ſerui plures album Prætoris corruperint, non ſufficit, D. aureos pœnæ nomine pro vniuerſis ſimul ſoluere,ſed neceſſe eſt pro ſingulis quingenos inferre. In quam ſententiam reſponſum eſt, cùm plures domini ſeruum communem in ſua poteſtate eſſe mentiti ſunt, vnumquenque illorum in ſolidum teneri.l.ſi ſeruum,17,D.de interrog.Neque obſtat.l.1,in fin.l.2, & l.3, D.de his qui effud.nam ibi non plures,ſed vnus tantùm, íſque incognitus effudiſſe proponebatur. Eiúſque iuris æquitas exponitur hac regula in l. 4, D. de verb.oblig. Quod in partes diuidi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videtur.Denique huius rei euidens argumentum eſt in edicto Prætorio, Si familia furtum feciſſe dicatur: vbi conſtitutum eſt,vt ſi plures ſerui furtum fecerunt, liceat domino tantum offerre, quantum ſi ſeruus vnus furtũ feciſſet: ſingulari de cauſſa: videlicet,ne domini patrimonium euertatur,ſi omnes dedere cogeretur.l.1,D.ſi fam.furt. fec.l.illud, 32, D. ad leg. Aquil.Quare cùm à pluribus vel liberis, vel pluriũ dominorum ſeruis,furtum factum eſt, aut iniuria, plura facta numerántur : tot denique pœnæ exiguntur,quot delinquentium perſonæ fuerunt. vbi verò vni[illegible]amilia eſt, clementiæ & benignitatis cauſſa [illegible] ſingulari caſu ſingulare ius conſtitutum eſt[illegible]uę cùm ita ſe habeāt,Iulianus & Vlpianus in [illegible] de furto trabis quęſtione concludunt, tot eſſe

O 2

furta facta, quot personæ delinquentium fuerunt, & à singulis pœnam exigi. ac proinde, si quatuor trabem sustulerunt, in furto manifesto, XVI trabes domino pœnæ nomine præstandas esse. Quod verò contrà ex definitione disputatum fuerat, Iulianus disertè scribit, etsi vbi res ad viuum resecanda, & ad exactũ iudicium reuocanda esset, verùm illud esse videretur, tamen casus quosdam esse in ciuili iure, quibus subtili Dialecticæ rationi vtilitatis & vitæ communis ratio præponderat: atque inter illos casus hunc exempli loco profert. Quo loco non prætermittendum arbitror quod textus in d.l.9, De Iurisdict. apertè pugnare videtur cum d.l. illud, ad leg. Aquil. Nam in illa eadem damni culpa dati ratio esse dicitur, quæ iniuriarũ. in hac, ex contrario, eadem quæ furti à familia facti. quod idem Vlpianus perspicuè affirmat in d.l.1, §.2, D. si famil. furt. fec. Cuius manifestæ & dilucidæ repugnantiæ si conciliationem aliquam quæramus, videamus ne veterum existimationis quàm nostræ studiosiores simus. Quid enim potuit Caius dilucidius exprimere, vt controuersiam ea de re inter Iurisconsultos fuisse ostenderet, quàm cùm ita loquutus est, ILLVD QVAESITVM EST, & mox, SED MAGIS VISVM EST. Illam ergo Paulus sententiam sequutus est, hanc Vlpianus & Caius. Verùm vt ad institutam disputationem redeamus, deinceps aliis quoque de rebus eadem quæstio proponenda est: veluti de armario, in quo [illegible]it, verbi gratia, mundus muliebris: aut de cista, in qu[illegible] multa pretiosa inerunt, aut dolio vini, aut modio [illegible]menti, quem cùm vnus tollere non posset, plure[illegible]
sustule-

ſuſtulerunt: an eadem iuris ratio ſit, quæ ſuperius de trabe vel tigno expoſita eſt. Nam ſiquis dicat, in pari cauſſa parem iuris rationem conſtituendã eſſe, l.vlt.C.ad leg. Falcid. pugnare contrà videbitur, quòd non eadem harum rerum, quæ tigni aut trabis ratio & cauſſa eſt. Nam tignum (vt ſuperius dictum eſt) totum eſt continuum: quo in genere ſunt marmor, ſtatua, ſignum illud immane Herculis Agrigentini, Verr. v, quod multi ſubiectis vectibus moliebantur labefactare, neque tamen illud vlla lababat ex parte: de quibus idem iuris eſſe, quod de trabe ſuperius diximus, dubitari non poteſt: quoniam ex Totius primo genere ſunt, quod & continuum, & indiuiſum eſt: neque pro parte ſublatum dici poteſt. Armarium autem, aut ciſta, aut capſa, ſine dubio poſtremi generis ſunt, ac planè ſegetis ſimilia: de qua Vlpianus ſtatuit, vt in tantum furti agi liceat, quantum ſublatum erit. Item eadem l. §. penult. vt qui maioris ponderis quid aperuit, quod tollere non poſſit, earum tantùm rerum nomine teneri furti, quas abſtulerit: itémque in l.verum eſt, 25, eod. vbi qui è lapidicina lapides, vel ex arenaria arenam furatus eſt, catenus tantùm furti actione tenetur, quatenus furatus conuincitur. Ex quo concludendum arbitrarer, ſi quatuor ſegetem ſecuerunt, aut arcam, armariúmve ſuſtulerunt, non à ſingulis pœnam in ſolidum exigendam, ſed ab vniuerſis duntaxat: quaſi partem tantùm quiſque ſuam ſuſtulerit, & quod in partes, vel potius res ſingulas diuidi poteſt, non à ſingulis in ſolidum commiſſum videatur. arg. d.l. 1, De verb.oblig. quod eodem modo etiã de fun-

di instrumento statuẽdum arbitrarer: quod, si tanquam Totum spectemus, parte sublata consistere negatur in l. quæsitum, 12, §. siquis eodem, 10, D. de inst. vel instr. sin tanquam Vniuersum, & eius res singulas, iniquum putarem, cùm à pluribus sublatum esset, in plus quemque, quàm quantum abstulisset, teneri. De vino, verò, & oleo, & ingenti frumenti sacco, difficilior aliquantò quæstio est: si plures dolium, puta, prouolaerunt, aut ingentem saccum exportarunt, quod vnus facere solus non potuisset. Sed cùm eiusmodi res ad quantitatem potius quàm ad corpus referantur, l. cùm Stichus, 29, D. de solut. l. planè, 34, §. 2, & §. 3, D. de leg. 1. benignior interpretatio videtur, vt res eiusmodi ad secundum Totius genus, Concretum videlicet, referantur: & quoniam in partes intellectas diuisæ intelliguntur, non à singulis solida, sed ab vniuersis pœna furto imposita exigatur. arg. d. l. vulgaris, in principio, D. de Furt.

An legis actionum & actuum legitimorum eadem ratio esset, aut quibus inter se rebus vel conuenirent, vel differrent.

QVAESTIO XXXIIII.

MAGNA quæstio est, & ad cognoscendam iuris Quiritium formam pernecessaria. Intelligendum est autem, legis actiones fuisse formulas rerum, tum à magistratibus, tum à priuatis agendarum, quæ à Iurisconsultis ex lege aliqua institutæ fuerãt. Perperàm enim nòn Pomponius,

sed

ſed Tribonianus in l. 2. De orig.iur. definit Legis actiones, quibus ciues inter ſe diſceptabant. quaſi verò præter diſceptatrices non aliæ eſſent quamplurimæ,quę nihil ad lites pertinebant. Legis igitur actionũ duplex proprietas fuit: quarum prior & antiquior hæc eſt, vt ex legis alicuius inſtituto conceptæ & ad eam accommodatæ eſſent: veluti primę illæ, quas ex XII tab. legibus compoſitas à priſcis Iuriſconſultis fuiſſe,traditur in d.l.2, De orig.iur.Sic Triumuiris Rempub. obtinentibus rogatus eſt Caſcelius Iuriſc. formulas ad eorum acta accommodatas,cõcipere:vt Val. Max. lib.6,teſtatur. Nullius,inquit,eorum gratia aut auctoritate compelli potuit, vt de aliqua earum rerum quas Triumuiri dederant,formulam componeret: hoc animi iudicio victoriæ eorum beneficia extra omnem ordinem legum ponẽs. tametſi Formulam illo loco Valerius dixiſſe potius videtur, pro inſtrumento & teſtatione donationis. Altera legis actionum proprietas hęc erat, vt inter præſentes, neque alieno, ſed proprio nomine peragerentur. l.nemo,123,D.de reg.iur. Actus autem legitimos appellamus formulas rerum à priuatis agẽdarum, per eoſdem Iuriſconſultos extra rerum contrahendarum negotia inſtitutas. Vnde triplex differentia intelligitur.prima, quòd illæ priuatorum & magiſtratuum communes erant, hi priuatorum tantùm proprij.Altera,quòd illæ omnes erant ex lege: hi verò partim ex lege,partim ſine lege inſtituti. Tertia, quòd illarum nulla niſi inter pręſentes fieri poterat: horum verò plerique etiam per procuratores fiebant.Similitudo verò quadruplex fuit. Nã

vtræque actiones iuris erant publici, vtręque à Iurisconsultis certa formula compositę: vtræque semel tantùm fiebant, neque iterabantur: vtræq; purè & sine diei aut conditionis adiectione fiebant. l. actus, 77. D. de reg. iur. Nunc de singulis videamus. Ac primùm de iis quæ à magistratibus peragebātur. nā Varro lib. de ling. v, sic scribit: Dies nefasti, per quos nefas fari Prætorē, DO, DICO, ADDICO. necesse est aliquo eorum vti verbo, cùm lege quid peragitur. Magistratus igitur siue iudicia, aut bonorum possesionem, aut tutores dabant, siue multam, aut viam dicebant, siue bona, siue litem, libertatem, seruitutem, ingenuitatem, libertinitatem addicebant, lege agere dicebantur. In his autem actionibus hoc obseruabatur, primùm vt inter præsentes fierent: vnde illud in XII tab. PRAESENTI LITEM ADDICITO. & in formulis: VTRISQVE SVPERSTITIBVS ISTAM VIAM DICO. Deinde vt certis verborum conceptionibus omnia peragerentur, cùm DO, DICO, ADDICO, Prætor (vt modò dicebamus) pronuntiaret. Eiúsque rei argumentum est in l. decreta, 48, D. de re iud. l. si opus, 16, D. de oper. nou. nunt. Iam verò semel tantùm eas peragi solitas, vel ex eo constat, quòd Prætoris decretum ius faciebat: quod retractari non poterat. l. pen. D. de iust. & iur. l. 5, D. de feriis. Quanquam re integra quod iussit vetuítve Prætor, contrario imperio tollere aut remittere potest. l. quod iussit, 14, D. de re iud. Postremò, puras eas omnes fuisse, intelligendum est: vnde illud in l. muto, 6, §. 1, D. de tutel. si tutor sub conditione datus sit, eius dationem nulliu

nullius esse momenti. Quinetiam magistratus ministri, cùm quid imperio ipsius, ex lege tamen, agebant, Lege agere dicebantur. Liuius lib. XXVI, Fuluius acceptas literas, neque resolutas, cùm in gremio reposuisset, præconi imperauit vt lictorem lege agere iuberet. Valer. lib. 3. Deligatis ad palum hostibus, literas à patribus cōscriptis nequicquam Capuanis salutares accepit. In sinistra enim manu, sicut erant traditæ, reposuit, ac iusso lictore lege agere, tunc demum aperuit. Inter priuatorum actiones primum locum obtinebant, quæ pertinebant ad lites: vt apud Plaut. Aulul. Lege agito mecum, molestus ne sis. Et apud Cic. de Orat. 1. Alter plus lege agendo petebat, quàm quantum lex in XII tab. permiserat. Et pro Cæcina, Omnes qui in eadem caussa sunt, & lege agant, & ius suum persequantur. De vindiciis autem, quemadmodum ex lege XII tab. institutæ, quemadmodum in iure apud Prætorem, & certis verbis, & purè, & inter præsentes, & semel fierent, copiosè Agellius exponit lib. XX cap. IX. Denique actiones omnes litigiosæ, & ex lege institutæ erant: (qua de caussa lege agi per eas dicebatur) & in iure instituebātur, & certis verbis constabant, vt cuiuis mediocriter erudito notum est. Inter præsentes autem agitari primùm solitas, Imperator ostendit sub tit. De his per qu. ag. poss. vbi ait, olim in vsu fuisse, alterius nomine agi nō posse. Qua de caussa ne pater quidem pro filio inofficiosi querelam potest instituere l. 6, D. de inoff. Purè autem eas instituendas fuisse, vt ius certum peteretur, vel ex eo constat, quòd qui ante diem petierat, caussa cadebat. Semel

porrò eas institui licuisse,vel ex eo patet,quòd eadem de re bis actio non erat.l.2 , D.de except.rei iud.Sed præter illas disceptatrices erant aliæ , quæ (vt Vlp.loquitur)iurisdictionis erant voluntariæ: quarum hæc bipartita fuit distinctio,vt aliæ in iure,aliæ extra ius peragerentur.In iure fiebant , Adoptio , Emancipatio , Manumissio per vindictam,In iure cesio, Litis contestatio , Nominis in reos relatio,Appellatio, Tutelæ cesio, Tutelæ abdicatio.Extra ius arrogatio,In ius vocatio,Satisdatio,Antestatio,Mancipatio , Nuncupatio testamenti,Cretio,Aditio hereditatis , Noxæ deditio, Iusiurandum , Tutoris auctoritas. De singulis igitur videamus. Nam Adoptio quidem ex lege XII tab.instituta fuit. Itaque legis actio nominatur in l.3, De off.Proc.l.1,D.de off.iurid.l.1 , C.de adopt.Eam autem inter præsentes fieri, Vlp.his ostendit verbis,in l.neque absentes,24 , & l.seq.D. de adopt. Neq; adoptare,neque arrogare quis absens,nec per alium huiusmodi solennitatem peragere potest.Et de iure apud magistratum, constat ex l.3,& l.4,D.eod.Tacitus lib.1.Cõsultatum , inquit,pro rostris,an in senatu,an in castris adoptio frequentaretur. Certis verbis eam compositam fuisse,Agellius docet lib.v, cap.XIX.Semel autem adoptari aliquem licuisse,Paulus testatur in l.adoptare,37,D.eod.Ad tempus autem,aut sub conditione fieri non potuisse , patet ex l.quæsitum est, 34,de adopt.quia nec filium naturalem ea ratione habere possumus. Neque verò superioribus aduersatur, quod crebrò legimus, Adoptiones in testamentis factas,quasi & absentium , & extra ius

fic-

fierent. Non enim hæ adoptiones propriè, sed arrogationes erant: eorum videlicet qui sui iuris erant: vt cùm Pomponius à Cæcilio adoptatus dicitur in epist. ad Attic. 2: & apud Nepotem in illius vita. Quare mortuo testatore non dubium est, quin lex curiata ferretur, Vellent iuberent Quirites, vt Pomponius Cæcilij esset filius: vt est apud Agell. eod. loco. Itaque Octauij adoptionem Cæsaris testamento factam, illa lege confirmatam Dio li. 46 testatur. Eodémque pertinet illud Taciti lib. 12, Rogatáque lex, qua in familiam Claudiam, & nomen Neronis transiret. Sequitur Emancipatio, quam ex lege XII tab. institutam, omnibus notum est. Qua de caussa inter legis actiones numeratur in l. 4, D. de adopt. & apud Paul. Sent. 2. tit. 26. & Iustinian. Nou. 81. Inter præsentes autem fieri solitam, vel ex eius formula, quam Caius in Inst. commemorat, vel ex circunductionibus & colaphis, de quibus in l. vlt. C. de emanc. lib. satis planè constat. quod tamen Anastasius abrogauit, cuius noua Emancipationis formula traditur in l. pen. C. eod. Vtrū autem ea in iure, an extra ius fieret, dubitari video: propter l. emancipari, 36, D. de adopt. vbi Vlp. ait, emancipari filium à patre quocunque loco posse. quasi verò Caius in Inst. non apertè testetur, ante Præsidem, hoc est magistratum, cui legis actio sit, mancipationem fieri solitam. vnde intelligitur Quemcunque locum ab Vlp. dici, in quo Prætor salua maiestate imperij sui, saluóque more maiorum ius dicere potest: quem omnem locum Ius dici nemo i-

gnorat ex l.pen.de legib.Denique,quoniam causſæ cognitione opus non eſt,neque tribunali, neq; ſella opus eſſe. Iam verò de huius actionis certa formula,dubitare nemo poteſt ex eodẽ Caij Inſt. lib.1.ac ne de altera quidem nota:hoc eſt,vt ſemel facta,non iteretur:cùm ſui iuris factus,amplius ſui iuris fieri non poſſit:neque amplius tribus mancipationibus adhiberi liceret. Poſtremò,vt neque ſub conditione,neque ad tempus fieret.d.l.actus. D.de reg.iur.Sequitur Manumiſsio per vindictã, quam ex lege XII tab.inſtitutam ex eo probabile eſt,quia pars eſt emancipationis:quæ & tribus manumiſsionibus conſtabat, & ſine dubio legis erat actio:vt Iuſt.Nouell.81, εἰ γὰρ ἡ τῆς ἐμανκιπατίονος πρᾶξις πάλαι μὲν ὑπὸ τὰς καλουμένας legis ἀκτιόνας γενομένη μεθ' ὕβρεων καὶ ῥαπισμάτων, &c. Denique manumiſsionẽ inter legis actiones apertè Paulus numerat,lib.Sent.2,ca.25.obſcurè autem Conſtãtinus in l.vlt.C.de manum.vind.& Marcianus in l. 2.D.de off.procon.vbi liberorum & ſeruorum manumiſsiones eodem numero,& apud eoſdem magiſtratus ſtatuit·Inter præſentes autem eam peragi ſolitam,ritus ipſe circũducendi & colaphis cædẽdi,& virga tangendi,perſpicuè oſtendit: nominatímque traditur in l.3, C.de vindict.manũ. l.pen. C.qui manum.non poſſ.In iure autem,id eſt,vel in tribunali,vel quocunque loco vbi magiſtratus & lictor adſit, fieri ſolitam conſtat ex l.5,l.6,l.7,l.8, D.de man.vind.Verba autem ſolennia Feſtus hæc profert,Hunc hominem liberum eſſe volo. Tametſi Hermogenianus in l.manumiſsio, 23, D. eod.ſcribat,ætate ſua manumiſsionem per lictores

res domino tacente expediri ſolere:& verba ſolẽnia licet non dicantur,vt dicta accipiẽda eſſe.Vnde intelligitur,poſtremis temporibus in libertatis fauorem multa de vetere ritu remiſſa fuiſſe. nam etiam apud legatum Proconſulis qui legis actionem nõ habebat,manumitti licuiſſe,teſtis eſt,l.apud Proconſulem, 17, eod. Semel autem præſtari libertatem hanc ſolitam,teſtis eſt,l.2,C.de manũ. vind.denique ad tempus dari non licuiſſe patet ex l.libertas,33,D,de man.vind.ſub conditione verò, teſtamẽto quidẽ poterat: vindicta verò, nõ poterat. quia vindicta libertas abſolutè datur. l.mortis cauſſa,15,D.de manum.Simillima eſt illa interrogatio,quę legibus fieri dicebatur apud Prętorem, cùm quis alterius nomen referre in reos volebat, cuius interrogationis formulã Pedianus exponit in verrin.II.Item In iure ceſsio, apud Vlp.tit.Regul.19.& in Inſtitu.Caij:apud Boetium in Topic. iis verbis quæ iam omnibus nota ſunt.ſed hæc exẽpli cauſſa propoſuiſſe ſufficiat. nam cetera partim ex Vlpia. Regul. & Caij Inſtitut. partim ex alijs auctoribus nullo negotio colligentur. Nunc ad eas quæ extra ius fiebant,accedendum eſt.Ac primùm de Teſtamento.nã ex lege XII tabul.inſtitutum id fuiſſe nemo ignorat. Certis autem verbis fieri ſolitum, patet ex l.quoniam,15, C. de teſtam. & ex Nuncupationis formula, quam in lib. Regul. Vlpian. protulit. Ex qua ipſa intelligitur, eam Nuncupationem,neque diem,neque conditionem diſertè ac nominatim admiſiſſe: cùm tamen eius partes admitterent. nam & dari libertas in teſtamento ſub conditione poterat. l. 1, D. de

ſtatu lib. cùm per vindictam dari non poſſet: & heres ſub conditione inſtitui, legatáque relinqui. Ex eodem genere fuit Hereditatis aditio. nam illã quidem ex lege XII tab. ortum habere, nemo dubitat: ſiue ab inteſtato, ſiue ex teſtamento eſſet. l. 1, D. de hered. petit. l. lege obuenire, 130, De verb. ſignif. Per heredem autem ipſum eam fieri ſolitam, neque admiſſum procuratorem fuiſſe, patet ex l. per procuratorem, 80, D. de acq. her. cùm tamen in Pand. Flor. vitioſè, vt opinor, ſcriptum ſit, CVRATOREM. ſed cùm Cæſari ſingulari iure cõceſſum ſit, vt per ſuum procuratorem adire poſsit l. 1, §. vlt. D. off. proc. Cæſ. perſpicuum eſt, id ceteris non licuiſſe. quod hoc etiam argumento confirmatur, quia ſenatoribus liberę legationes adeũdarum hereditatum cauſſa dabantur: vt in Comment. de verb. iur. expoſuimus. Certis autem verbis Cretionem & Aditionem conſtitiſſe, notum eſt omnibus ex Vlp. tit. Regul. 26. vbi hęc duo cõiunguntur ADEO CERNOQVE. ciúſque veſtigium extat in fin. l. eum qui, 51, D. de acq. hered. Diem porrò & conditionem in adeunda hereditate nõ admiſſam, patet ex d. l. eum qui, & l. heres, 54, D. eod. & l. actus, 77, De reg. iur. Neque obſtat, l. primo gradu, 23, D. quæ in frau. cred. vbi heredes eius qui ſoluendo non erat, ea conditione adiſſe dicuntur, vt creditoribus partem duntaxat ſoluerent. nam ibi Conditio pactionem ſignificat cum creditoribus factam. quemadmodum heres cum legatariis & fideicommiſſariis paciſcitur. l. in quantitate, 73, D. ad leg. Falc. l. apud Iulianum, 11, D. ad Trebel. Reſtat vt de ea non iteranda teſti-

testimonium proferamus:quod extat in l. si solus, 80, in fi. D.de acq. hered. Hereditatis igitur aditio legis actio erat: Bonorum autem possessio, non erat. itaque per procuratorem acquiri poterat.l.siquis alicui,48, D. de acq. hered. l. si maritus, 5, C. mand. Sequitur Mancipatio: quam ex lege XII tab. institutam fuisse, & ab auctore ac mancipe pręsentibus,certis verbis ac formulis, extra ius, quoui,sloco vsurpatam fuisse, docent Vlpianus, Caius, & Boetius. Purè autem propterea fiebat, quia præsens dominium, traditione facta præsentique pecunia numerata transferebatur: vnde periculum iudicij & euictionis: vt ex Plauto & Ciceronis Muræniana in verbis Iur. ostendimus. Quòd si dominium transferebatur, sequitur, vt semel tantùm fieri soleret. Verùm hæc quidem de legis actionibus hactenus. nunc de Legitimis actibus videamus: quod nomen etsi generale esse constat, tamen, vt plerunque fit, ad eas species propriè restrictum est, quas superius explicauimus. Horum autem in numero Acceptilationem & Legati optionem statuemus: quas Papinianus nominat in d. l. actus, De regul.iur. Præterea autem Conuentionem in manum, Repudium, & Diuortium:quæ etsi certis fiebant verbis, l.1,D.dę diuort.certóque & solenni modo, l.1, D. vnd. vir.& vx. tamen per internuntium fieri potuisse,constat ex l.5, D.de rit. nupt. l. 2, D. de diuort. Itémque in diem addictionem, quæ etsi certis fiebat verbis, l.1, D.de in diem addictio. tamen in tempus necessariò fiebat. Item Comperendinationem & Vadimo-

nium, quæ in diem certam fieri solita verba ipsa ostendunt. Item Denuntiationem testimonij: quę ex lege XII tab. non semel, sed iterū ac tertiò fiebat. Nam hi omnes legitimi actus nominātur, cū in d.l.actus, tùm in l.pen.C. de heretic.vbi eo nomine actus ii soli significantur, qui iuris sunt publici: neque omnino propriè. nō enim omnes lege certa instituti sunt. nam Acceptilatio Aquiliana C. Aquilium Iurisc. auctorem habet. Itaque ciuiles magis verè propriéque dicerentur, aut solēnes: vt acceptilatio solennis actus nominatur in l. vlt. C. de reuoc. quæ in fraud. cred. sed legitima persæpe dicuntur, quæ iuris sunt publici: vt legitima verba dicuntur, quæ alibi ciuilia, solennia, directa nominantur: quæ tamen non à legibus, sed à Iurisconsultis concepta esse constat. l. vlt. C. de testam. tut. Postremò illud subiungendum est, Actuum legitimorū duo esse genera: nam alij diem & conditionem recipiunt: alij non recipiunt. veluti Acceptilatio & Optio non recipiunt: at Vadimonium, Comperendinatio, Obualgulatio, quæ denuntiandi testimonii caussa fiebat, & Procuratoris datio recipiunt. l.3, D. de procur. Itaque Papinianus non dixit, Actus legitimi non recipiunt diē vel conditionem: sed distinctè, Actus qui non recipiunt. Relatiuum enim QVI, suum antecedens restringit. vt l. quod ait lex, 11, D. de diuort. l. à filio 15, §.1, D. de adim. leg. Qua ex re de illorum stultitia existimari potest, qui in cap. 50, De reg. iur. in Sext. infinitè & generaliter tradiderunt, actus legitimos neque diem neque conditionem recipere. quo loco Dinus non irridiculè scribit, regulam illam

illam imaginationi mentis suæ applicari non posse. Sed iam de Acceptilatione videamus. nam illam inter præsentes fieri oportuisse, neq; per procuratorem aut seruum fieri potuisse, ita perspicuè traditur in l. & per iusiurandum, 13, §. tutor, & l. pen. D. de acceptil. vt mihi verisimile sit, verba hęc SINE MANDATO, quæ sunt in l. 3, D. eod. aut spuria esse, & ex glossa imperiti hominis profecta: aut ita corrigenda, SINE NOVATIONE, vt apertissimè traditur in d. §. tutor. & in l. seruus, 16. l. filius, 23. l. non ideo, 25. D. de nouat. præsertim cùm stipulatio, sine interrogationis & responsionis formula (qua constat Acceptilatio) inter absentes fieri non possit. l. 1, D. de verb. obl. Institutum porrò fuisse, vt ea certis verbis fieret, constat ex l. & vno, 18, D. de acceptil. ceterùm eam neque diem neque conditionem recepisse, patet ex l. 4, & l. 5, D. eod. Cuius rei ratio hæc est, quia obligationi præsentem interitum affert. Qua de caussa quod in diem, vel sub cõditione debetur: tum demum acceptilatione sublatum intelligetur, cùm dies aut conditio debitionis euenerit. l. quod in diem, 12, D. eod. Expressam igitur diei & conditionis adiectionem nõ recipit: tacitam recipit. Sed formula quidem pura est: vis autem & effectus acceptilationis in futuri temporis euentum reiectus est. l. licet, 43, D. de iur. dot. Non fuisse autem iterandam solutionem, ex eo constat, quòd si vel aliquid amplius debito præstitum est, vel à reo & fideiussore solutum, indebiti condictione repetebatur. l. si reus, 20, D. de cond. indeb. Deinceps de Legati optione videamus: quam legis actionem non esse, vel hinc intel-

ligi poteſt, quia nulla lege inſtituta eſt. tametſi partem eſſe teſtamenti, quæ certiſsima legis actio eſt, conſtet. item vt tutoris dationem, liberti aſſignationem, manumiſsionem teſtamẽtariam, quas etſi legitimos actus appellare poſſumus, tamen legis actiones nemo dixerit: cùm illæ duę conditionales eſſe non poſsint, Libertas autem teſtamento, & poſt tempus, & ſub conditione relinquatur. l. libertas, 17, & l. teſtamento, 23. D. de man. teſt. Denique non video, cur optio ſerui per procuratorem, cui mandatum id ſit, fieri non poſſit. cùm etiam de matre pro filia optante mentio fiat, in l. pen. D. de opt. leg. Certis autem verbis legati optionem fieri ſolitam, probabile eſt: cùm ea teſtatione fieret. l. apud Aufidium, 20, D. eod. Denique cùm optionis legatum (vt Vlpian. in tit. Regu. 24. teſtatur) & omnia, quantumuis exigua, certis conſtarent verbis, dubitandum non arbitror, quin illa quoque optionis teſtatio conſtaret. Sed Electionis diuerſa cauſſa eſt: eius enim formula iure ciuili conſtituta non fuit: quia locum in legato generis tantum habuit: veluti, ſeruum vnum Titio do lego. itaque optio inter cauſſas iuris referenda eſt: Electio tota facti eſt. l. ſi ſtipulatus, 76, l. ſi ſeruus, 141, l. vlt. De verb. oblig. l. Stichũ, 95, §. 1. D. de ſolut. Iam verò purè & ſemel fieri ſolitam, ex eo intelligitur, quòd alioqui ſemper ſuſpenſo & incerto animo heres fuiſſet. qua de cauſſa etiam optandi dies à magiſtratu præſtituebatur. l. 5, & l. 8, D. eod. vnde intelligitur conſumi optionem dici, vt primum electio facta eſt. denique de non iteranda optione teſtimonium eſt in l. 2, & l. ſerui, 5, D. de

D.de legat.1. Ad extremum illud quoque notandum est, Actus legitimos, qui puris formulis constabant, expressam diei cõditionísve adiectionem repudiasse: tacitam verò recepisse. veluti, si quod sub conditione debetur, accepto feratur. nam formula quidem dilationis expers est. Vis autem & effectus acceptilationis in futuri temporis euentum reiectus est. l. quod in diem, 12. D. de accept. l. licet soleat, 43, D. de iur. dot. vbi cùm dos per acceptilationem constituitur, tacitè conditio inesse dicitur, si nuptiæ sequutæ fuerint. l. non enim, 37, D. eod. Quod eodem modo de testamento dici posse arbitror: quod tamen inter legis actiones retulimus. Nuncupatio enim (vt ex Vlp. tit. Regul. 20. intelligitur) pura & directa est: neque ex incerto futuri temporis euentu pendet. Eius tamen vis & effectus omnis conferri in cõditionem potest. veluti, si heres sub conditione sit institutus, quæ postea deficiat. Quinctiam video de manumissione idem dici posse, ex l. mortis caussa, 15, D. de manum. vbi Marcellus ait, Etsi libertas per vindictam absolutè danda est, tamen mortis caussa factam manumissionem, tacitam in se conditionem continere: vsque ad manumissoris mortem. Vnde nata Regula est, Expressa nocent, nõ expressa non nocent.

APPENDIX. Cùm hæc annis ab hinc circiter decem sic scripsissem, incidi in Obseruatoris, dicã, an Obtrectatoris? animaduersionem quãdam, sanè insolentem.

Acceptilatio, inquit, *non fit per procuratorem, & quod adiicitur, SINE MANDATO, & in*

Basilicis ἄνευ ἐντολῆς ἤτοι προτροπῆς *in l.3. De acceptil.hoc est, quia mandato præcedente, procuratori sit ante permissum nouare obligationem, in l. 13. §. tutor, eod.& l.4.C.de nouat. Remedio enim nouationis acceptilatio rectè fit per procuratorem.* Hæc ille.quę certè,qualia sint, assequi coniectura vix possum. primùm,quia ridiculum est,vbi quid de procuratore præcipitur, intelligi sine mandato procuratorem datum.l.1,l.sed & hæc,35.l.Pompon. 40, §. vlt. D. de procur. Deinde, quoniam vbi de procuratore ad certum negotium, puta ad acceptoferendum, ac simul de ipsius mandato mentio fit, non dubiũ est, quin illud mandatum de eodem ipso negotio gerendo intelligatur : vt non minus certa, quam ridicula hæc futura fuisset Pauli sententia, *Per procuratorem nec liberare quisquam acceptilatione sine mandato acceptoferendi potest.* qua de re ne Pauli quidem seruulus mediastinus dubitare potuisset. Quid si dixisset, *Sine mandato nouandi*, vt huic obseruatori placuit ex l. 4. C. de nouat? primùm, hæc allegatio falsa est, quia nihil tale illa lege continetur. Deinde,ridiculum id fuisset. quoniam si procurator acceptoferre sine nouatione non potest, d.l.13,§.tutor, qui ad acceptoferendum procurator constituitur,idem ad nouãdum,tacitè,eadémque opera constitui intelligitur.arg.l. 2, De iurisdict. Veterem igitur emendationem meam retineo, vt pro *Sine mandato*, legamus *Sine nouatione.* Idque eò lubentius,quod eam anno,573 à me primum editam, animaduerti postea erudito viro anno,575 placuisse.lib.Semest.2.c.22.vbi etsi profitetur, se boni Iurisc. instituto suum cuique tri-
buere,

bucre, meum tamen nomen per obliuionem, vt credi par eſt, præteriit. Vtcunque ſit, regula iuris antiqui hæc fuit: Acceptilatio eſt actus legitimus, qui per procuratorem expediri non poteſt. Obſtant enim verba formulæ perſonalia, Quicquid te mihi &c. l. idem, 25, §. perſonale, D. de pact. Sed cum poſtea Iuriſconſulti multa eius regulæ incõmoda cognouiſſent, vtilitatis cauſſa remedium hoc (vt Vlpianus appellat) excogitarunt, vt nouatione procuratores vterentur: ac tum demum acceppto facerent.

Sequitur altera obtrectatio: *Optionem tamen ſerui rectè fieri per procuratorem, malè colligunt, ex l. pen. De opt. leg. cum in eius legis ſpecie fiat per matrem ex præcepto teſtatoris.*

Qui ex quindecim integris libelli mei paginis vnicam tam áuidè reprěhendit, an non probare reliquas videtur? At quotuſquiſque hodie ſcriptor reperietur, cui non aliquis eiuſmodi momus obtrectare poſsit? Quanquam reprehenſio hæc ferenda non eſt. Nam ſi per procuratorem ſerui electio fieri non poteſt, deleatur huius veriſsimæ ſententiæ auctoritas, in l. ſi is qui, 66, D. de procurat. l. cum debitore, 17, D. rẽ rat. hab. vbi & optio rectiſsimè fieri per procuratorem dicitur, & tota hæc reprehenſio manifeſtæ ſtultitiæ conuincitur. Age reliqua videamus, meliora enim fortaſſe conſequentur.

Et malè iidem, quod nemo alieno nomine lege agere poſſit, ideò patrem filij ſui nomine querelam inofficioſi teſtamenti inſtituere non poſſe, cùm alia ratione Papin. vtatur, l. Papin. D. de inoffic. teſt. quia filij iniuria eſt.

Ac præterea *ait*, *inuito filio non posse. Volente igitur filio potest. atquin ne volente quidem domino procurator lege agere iure antiquo potest.*

Mitto, quod proferri simul Triphonini rationẽ oportuit, hanc filij indignationem esse, l. filius, 22, D. ill. tit. quæro enim, annon plures vnius eiusdẽque præcepti afferri rationes possint? At ego præter Papiniani & Triphonini rationes hanc esse affirmo potissimã, quod querela hæc aduersus matrem instituta dementiæ & furoris illam argueret. l. 2, l. 5, D. eod. quod esset à filij pietate alienum qui parem matri ac patri pietatem debet. l. 4, D. de curat. furios. Neque vero illa fuit ad propositam disputationem accommodatissima ratio prætermittenda, quòd quanuis propria illa esset filij iniuria, neque cùm patre communis, (cui alioqui agere iniuriarum liceret: l. sed si, 17, §. filio, De iniur.) tamen cùm hic pater esset, admittendus ad querelam, sine mandato instituendam, quasi volũtarius procurator videbatur. l. sed & hæ, 35. D. de procur. nisi lege antiqua cautum fuisset, ne quis alieno nomine, lege, aut iudicio ageret. Nã quod subiicitur, *Iure antiquo ne volente quidem domino licuisse procuratoribus alieno nomine agere*, tum demum probabo, cum aut contra Iustiniani auctoritatem planum factum erit procuratorum vsum, illo iure antiquo fuisse, aut iniuriam ex inofficioso vindicari per procuratorem non licuisse: cùm tamen etiam ex lege Cornelia procurator ad iniuriarum actionem dari soleat. l. licet, 42, §. 1, D. de procurat.

Sequitur: *Malè quosdam esse actus legitimos, qui dilatio-*

dilationem capiant ex die, vel conditione, nec momentò perficiantur: cùm in l. actus, De reg. iur. non sit legendum, Qui non recipiunt, quasi scilicet alij sint, qui recipiant, sed vt Flor. Qui recipiunt, id est, quibus apertè adijcitur dies, vel conditio. Nam si recipiunt tacitè, vt paulò post ait, non vitiantur, si apertè, vitiantur in totum. Nouum igitur habemus Canonistam, qui cum Dynus Bonifacio Papę octauo scripsisset, iuris illius sui regulam imaginationi mentis suæ applicari non posse, primus inducit, nullos esse actus legitimos, qui diem & conditionẽ recipiant. Cuius sententiæ duo video esse capita, quorum (vt verè dicam) neutrum intelligo. prius est, quod omnes actus legitimi purè fiunt. Nam pura in iure nostro iis opponuntur, quibus neque dies, neque conditio adiecta est. l. etsi, 8, D. de auct. tut. §. 3. Instit. de verb. oblig. quæ pura sunt, ex pręsenti tempore statum capiunt: alia ex temporis, aut conditionis euentu pendent. l. vsusfructus, 26, De stip. seru. Atqui testamentum, qui actus est, (vt inter omnes constat) legitimus, diem & conditionem recipit. Nam testamẽtum, quod tribus verbis purè fieri potest, Titius hæres esto. l. 1, D. de hered. inst. totidem aliis verbis conditione augeri potest: si vxorem duxerit, vel, Cum capere poterit. l. in tempus, 62, D. de hered. instit. neque quicquam notius est, quàm heredis institutionem, & in diẽ, & sub conditione fieri posse. §. pen. Inst. de hered. instit. l. si mater, 33, D. de vulg. substit. Pari modò, quamuis tutoris in iure datio, neque diem, neque conditionem recipiat, tamen testamentaria recipit. l. 8, §. 1, l. 11, De test. tut. l. 6, §. 1, De tutel. §. 3,

De iis,qui tut.test.§.2,De Atti.tut.§.2,Quib.mod. tut.fin.quam tamen actum esse legitimum, & legitimis verbis fieri solitam, patet ex l. vlt. C. de test.tut.Verbis autem ipsius legis inductam,testimonio est l.sæpè,53.ibi, SVPER PECVNIA TVTELAVE SVA. D. de verb. signifi. Sic manumissio per vindictam purè fiebat.at per testamētum,& in diem & sub conditione.l. 17.l.23. D. de manum.test. Vnde statuliberorum conditio in suspēso esse dicitur. l.pen.§.vlt.C.de necess.hered. inst.Alterum mihi obscurum caput est, quod hæc locutio: *Quidam actus legitimi recipiunt diem vel conditionem*, hoc tantum significat, *Quibusdam actibus legitimis apertè diem vel conditionem adiici.* Primùm enim admodum inconcinnè, ne dicam pueriliter,Papinianus ita scripsisset, *Actus legitimi,qui recipiunt diei vel conditionis adiectionem, in totum vitiantur per temporis aut conditionis adiectionem:* cùm satis fuisset, semel id vel in exordio,vel in extremo ponere: Deinde,quis ignorat,vsitatum hoc esse loquendi genus,& Iurisconsultis familiare, vt dicant res quasdam recipere aliquid, aut non recipere,pro,naturam earum hanc esse, vt aliquid aut ferre possint,aut ferre non possint.veluti, Quædam obligationes recipiunt diuisionem, quædā non recipiunt:ait l.2,De verb. oblig. quædam recipiunt partis prꝍstationem, quædam non recipiunt.ait ead.l.2,& l.72, D. eod. quidam contractus dolum tantum recipiunt, quidam etiam culpam recipiunt: ait l.23. De reg.Iur. Liberi hominis corpus nō recipit æstimationem, Serui hominis corpus recipit:ait l.3,D.si quadrup. Quemadmodum

admodum igitur, cum dicimus operis efficiendi ſtipulationem non recipere diuiſionem: certæ pecuniæ, recipere: hoc ſignificamus, eius diuiſione corrumpi, aut n'on corrumpi ſtipulationem: vt loquitur d.l.72. Pari modo cũ dicimus, Actus quoſdam non recipere diem aut conditionem, quoſdam recipere, ſine dubio illud ſignificamus, Quoſdam actus dici vel conditionis adiectione vitiari, quoſdam non vitiari. Quanquã, quid opus eſt verbis? cum abſurdiſſimè Papinianus ita ſcripturus fuiſſet, *Actus legitimi, qui recipiũt dilationem, in totum vitiantur, per dilationis adiectionem.* Nam ſi recipiunt, ſi admittũt, ſi patiuntur, ſi ferũt, certè ſine ſui corruptione, ſine vitio, ſine interitu, id patiuntur, & ferunt.

Sequitur, *Malè, aliud eſſe actus legitimos, aliud legis actiones, & legis actiones definiri, in l.2. De orig. iur. quibus inter ſe ciues diſceptant, ex* XII *tab. Nec enim has ſolas dicit eſſe legis actiones, ſed tantum appellari legis actiones, ſicut Caius in inſtit. dum, enarrata formula ceſſionis in iure ſubiicit, Idque legis actio vocabatur, certè non definit legis actionem.*

Imò rectè, & verè dicimus, tantum inter has, & illas intereſſe, quantum inter genus, & ſpeciem. Nam omnis legis actio, legitimus actus eſt. At non ſi quis eſt actus legitimus, continuò legis actio dici poteſt, quia legis actiones eæ demum dicuntur, quæ ex verbis legis conceptæ ſunt, quarum quædam in iure exercebantur, & apud magiſtratum, cui propterea legis actio eſſe dicebatur. l.1; C. de adopt. l.1, D. de off. iurid. Alex. l.2, §. vlt. & l. ſeq. D. de off. procons. quo in genere fuit

in perſonam aut in rem actio: ciuilis denique omnis, & criminalis actio, ſiue accuſatio: item adoptio, emancipatio, manumiſsio per vindictam, in iure ceſſio, nominis in reos relatio, ſiue accuſatoris inſcriptio in crimen, quibus etiam addo, querelam inofficioſi teſtamenti. Extra ius verò, veluti arrogatio, in ius vocatio, Anteſtatio, mancipatio, teſtamenti nũcupatio, vſurpatio per infractionem ſurculi, cretio, hereditatis aditio. Legitimi autem actus dicuntur, etiam qui ex legis mente & ſententia, ſine vllius certæ legis expreſsis verbis inſtituti ſunt, veluti legati optio, conuentio in manum, repudium, diuortium, in diem addictio, acceptilatio: de quibus ſingulis ſuperius explicauimus. Quod autem ſequitur, legis actiones non definiri, (vt dixeram) in l.2, De orig. iur. quibus ciues inter ſe diſceptabant: verba ipſa teſtimonio ſint: *Ex his legibus*, inquit, *actiones compoſitæ ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent: & appellatur hæc pars iuris legis actiones*. Perperam igitur Tribonianus. Nam Pomponium magnæ partis illius hiſtoriæ auctorem non fuiſſe, iampridem ex ſtilo & genere dicendi demonſtrauimus. ſed huius rei diiudicandæ poteſtatem, nec Apuleij nec Sidonij diſcipulis facilè permittemus. Denique, ſi ea pars iuris qua eæ actiones, quibus inter ſe ciues diſceptant, ſpecialiter legis actiones appellatur, cui dubium eſt, quin legis actiones ſpecialiter definiantur, quibus inter ſe ciues diſceptant? quandoquidem (vt Dialectici loquuntur) definitum & definitio inter ſe reciprocantur.

Sequitur, *Malè inter legis actiones, vel actus legitimos*

timos numerant ſtipulationẽ, vocationem in ius, in diem addictionem, qui & legem commiſſariam olim numerarunt, inter leges Populi R.

Nimirum hoc illud eſt, quod Tullius quodam loco ſcribit, homines eſſe quoſdam, qui anquirũt, in quos acerbitatis ſuæ virus euomãt. Mendacium eſt, quod mihi falsò & impudenter obijcitur, ſcriptum à me fuiſſe, ſtipulationem legitimum actum fuiſſe. Nunquam id mihi vel excidit, vel in mentem venit. Sed tamen, vt ſtudioſorum vtilitati cõſulamus, commodiſsimum videtur, quæſtionem proponere, quamobrem acceptilatio inter actus legitimos referatur, ſtipulatio non referatur? Nam vtraque fit inter præſentes, vtraque interrogatione & reſponſione conſtat, vtraque certis verbis concipitur. Ego, pro mea virili parte, ſic ſentio, neque ſtipulationem, neque nouationem, neque quanuis acceptilationem, ſed Aquilianã duntaxat in eum numerum referendam, eſſe: hac de cauſſa: quoniam illæ neque ex vlla lege, neque ex vllius legis ſententia inſtitutæ fuerunt, & cùm aſsiduè, tùm etiam leuibus de rebus frequentabãtur. Vulgaris autem acceptilatio ex ſententia vſitati iuris inducta erat, vt quo quidque modo contractum fuerat, cõtrario modo tolleretur. l. ferè, D. de reg. Iur. Aquiliana verò primum auctoritate Iuriſcõſulti nobilis inducta & moribus recepta, legis vim obtinebat, arg. §. 1, De acquic. per arrogat. & §. 1, De fideic. hered. ſicuti formulæ de dolo malo, & de nepote poſtumo, viuo adhuc filio, herede inſtituendo eiuſdem ſummi viri auctoritate inductę ſunt: deinde nõ niſi ad cauſſas grauiores ad-

hiberi poterat, cum ſcilicet tolli, quibuſcunque alijs de cauſſis, contractas obligationes placebat: hoc eſt, non modò verbis, verùm etiam re, cõſenſu, nominibus. l. 1, l. 8, l. 18, D. de acceptil. præterea non modò non quotidiano, & vſitato iuri cõſentanea erat, verùm etiam iuri ciuili aduerſabatur. quippe, cùm obligationes alio (vt dixi) modo, quã verbis contractas, verbis ſoluere nitebatur, contra l. pen. D. de ſolut. & alias conſimiles.

Sed iam ad reliquas criminationes properemus. In ius vocationem, & dixi, & iterum dico, legis eſſe actionem, cum in legibus XII tabu. caput hoc fuiſſe conſtet, Si *in ius vocet, atque eat. ſi pedẽ ſtruit, manum endo iacito.* Addictionem autem in diem, cur nõ legitimum actum appellemus, cum & certis ac ſolennibus verbis conciperetur? l. 1, D. de in diem addict. & ſolennis appelletur, in l. quæ ſpecialiter, 9. C. de diſtr. pignor. l. quæcunque, 5, C. de fid. inſt. & iur. haſt. fiſc. & multis conſtet formulis, quas in quodam conſilio, quod Deo volente propediem edetur, accuratè dinumerauimus. De lege commiſſoria iam dudum, ante annos opinor viginti, calumniatoribus reſpondi, nõ illum meum, ſed typographi, vel potius pueri, & glutinatoris ipſius peccatum fuiſſe: qui, cùm in ea capſula, in quã voces à litera L incipientes congeſſeramus, verbũ illud reperiſſet, temerè in primam editionem noſtri de verbis iuris commentarij retulit. Sed cum adoleſcens multis antè annis tantum in Verrinarum commentariis, pòſt etiam in libello de legibus ſpecimẽ meorum in antiquitates ſtudiorum oſtendiſſem, quis, niſi peruerſo ac prauo ingenio, tan-

tantam mihi ἀνιςορησίαν obiicere voluisset, vt crederem, pactionem commissoriam fuisse publicam populi Ro. legem? Sed heus tu, qui mihi alienum peccatum tam inuidiosè obijcis, & legem cōmissoriam commemoras, nunquid Gliciæ tuæ legis oblitus es, & tātæ in Antiquitatibus Romanis imperitiæ, vt toties dicere, & inculcare ausus sis, Romanas leges interdum ex latorum cognominibus appellatas, atque in his Norbanā, Peduceam, Poppæam, & Allienam fuisse? quasi hæc ciuium R. cognomina fuerint, non familiarum certissima nomina, vt iam pridem Fuluius Vrsinus, & alij eruditi viri in libris famil. Rom. docuerunt. Quam turpe est tot vlceribus obsitum alienas (vt in prouerbio est) papulas obseruare?

Sed reliqua videamus. *Malè, inquit, procuratoris dationem, appellationem, iusiurandum, tutoris auctoritatem, vsurpationem, vadimonium, comperendinationem, & quem non actum igitur, qui modo iure fiat, quẽ & abusu quodam possent dicere legitimum, vt testimonij dictionem, l. pen. C. de heret. pro conuersatione legitima, siue forensi, vt eadem lex interpretatur, sed nō ex vsu solennis iuris, non ex sententia d. l. actus legitimi.*

Procuratoris dationem iccirco & dixi, & iterum dico, actum legitimum fuisse, quia procurator dari sine cessione actionis, id est, sine mandato, non potest. imò procuratorem ad agendum dare, nihil aliud est, quam actionem cedere, mandare, præstare, exhibere: quoniam ita ius ciuile comparatum fuit, vt actionem vni quęsitam excercere alter sine cessione non posset. l. 1, C. per quas person.

l.quæcunque,11, D.de oblig.& act.l.7, C.si quis alt.vel sib.l.naturalis,5,§.pen.D.de perscript.verb. l.tutori,20.C.de negot.gest.Cùm autem cedi dicitur actio, directa cedi actio intelligitur, l.emptor.5.l.ex nominis,8, C.de hered.vel act.vend.l. 4,C.si cert.pet.& apertissimè omnium in l.vlt.C. quand.fisc.vel priuat.Ac verum quidem est, procuratoris dationem neque lege scripta institutam, sed moribus inductam.neque certis & solennibus, sed nudis & vulgaribus verbis fieri solitam. §.1, per quos ag.poss.& apud Paul.Sentent.1, tit.3.sed cùm cessione actionis constet,nihilominus dici legitimus actus potest, quàm acceptilatio, quæ vel vnius Iuriscons.auctoritate,vel potius fori cõsuetudine in vsum recepta est.Appellationem autem cur dubitemus in actus legitimos referre? cum & actus sit ciuilis,qui secundum legem fieri dicitur. l.præses,27,D.de iudic. ac solenniter fiat,aut apud acta,aut libello:& tantę sit auctoritatis,potestatis, iuris,vt sententiam à iudice pronuntiatam (rem omnium grauissimam)illicò perimat,atque extinguat.l.1,§.vlt.D.ad Sen.Turpill.l.2,§.vlt.De pœn. Iusiurandum porrò,quod vulgò iudiciale dicitur, quid est,cur ab hoc numero seiungamus? cùm & acceptilationis vim habere dicatur,l.iusiurandum, 40,D.de iureiur.& certis verbis apud iudicem ita conciperetur, vt si seruata formula non esset,frustra iuratum, atque idcirco iterandum iusiurandum esset.l.3.§.vlt.& l.seq.& l.quem per salutem, 33,D.de iureiur.& secundum illud iudex in disceptanda controuersia sententiam pronuntiaret. d.l. 3.§.1.& l.34.cod.adeo vt in quibusdam caussis maiorem

iorem habere vim, quam res iudicata dicatur.l.2, D.eod.

Venio ad tutoris auctoritatem, quæ fuit expressa probatio eius negotij, quod à pupillo, præsente tutore, gestum est.l.4, l.9, §.pen.l.10, D.de auct.tut.l.1, in fin.De tutel.Nam is demum auctor esse dicitur, qui præsens pronuntiat, se probare, quod actum est.l.pupillus, 11, De acq.rer.domin.l.pupillus, 89, De reg.iur.Qua de caussa mutus tutor esse non potest.d.l.1, §.1, eod. Iam cùm vsurpatio, & surculo defringendo, & aliis formulis ad vsucapionem interrumpendam accommodatis fieret, atque (vt ex trinoctij vsurpatione probabile est) lege XII tab.inducta esset, non video, cur ab hoc eodem ordine segreganda sit. Vadimonium verò, & comperendinationem, quorum vtrumque certis verborum formulis constabat, & legum expressis verbis inductum erat, quid est, cur legitimos fuisse actus negemus? Restat testimonij dictio, forensis certè actus, & iudicialis: quem Imperator in l.pen.C.de hæretic. Actum legitimum ita liquidò ac disertè appellat, vt neq; cauillandi neque calũniandi locus supersit. Commemoratur Carneades, qui caussas sæpe bonas ingenij calumnia ludificari solebat. Sed neque Carneadem habemus aduersarium, neque iudices Bœotos ac stupidos. Postquã Iustinianus Manichæos à testimoniis exclusit, mox de Montanistis, & aliis scribẽs. *Quibus*, inquit, *pro reatus similitudine omnis legitimus actus interdictus est*. Quod verbum, quia latè admodum patet, mox ita subiungit, *Omne testimonium sicut & alias legitimas cõuersationes, sancimus esse interdictũ.*

Hoc eſt præter teſtimonium, etiam alios omnes actus legitimos, qui in cœtibus forenſibus exercentur. Verum hæc quidem de maleuola, maledica, & malè ſana obtrectatione, ſatis ſuperque dicta ſint. Finem igitur ſubiecto antiquo inſigni epigrãmate faciemus.

Ὅστις τοι δοκέει τὸν πλησίον ἴδμεναι οὐδὲν,
Ἀλλ᾽ αὐτὸς μοῦνος ποικίλα δήνε᾽ ἔχειν,
Κεῖνος γ᾽ ἄφρων ἐστὶ, νόου βεβλαμμένος ἐσθλοῦ.
Ἴσως γὰρ πάντες ποικίλ᾽ ἐπιστάμεθα.

An Imperator de Ducatu, quem ante adeptum imperium habuit, etiam poſt imperium adeptum fidelitatem præſtare debeat.

QVAESTIO XXXV.

EX FACTO incidit (vt eſt apud Ardizonem) Fridericum Principem, cùm ab initio dux eſſet, & pro ducatu fidelitatem faceret, diuino nutu poſtea Imperatorem creatum. Petita ab eo fidelitate pro ducatu, petenti domino reſpondiſſe, non teneri ſe fidelitatem facere: cùm omne hominum genus ſibi fidelitatem debeat: & ipſe ſoli Deo & Romano pontifici. Sed cùm inſiſtente feudi domino, de hoc contenderetur, Proceribus prudenter viſum eſt, feudum amiſſum eſſe, vel alium ducem in ducatu conſtituendum, qui feudo ſeruire debeat, & domino fidelitatem faciat. Hæc Ardizo in articul. feud. §. 28. Summa autem quæſtionis ad genus vniuerſum reuocatæ, eſt huiuſmodi, An Vaſallus maiorem Seniore ſuo dignitatem

dignitatem adeptus, ab eius hominio liberetur. Nam pro Friderico hæc pugnant: Primùm, quòd cùm Imperator summum dignitatis & potestatis gradum obtineat, absurdum videtur eum in alterius clientela esse, ac iurare se hominem ac vasallum alterius esse, obsequium illi & obseruantiam redditurum, & eandem illi præstiturum, quam Vasallus suo Seniori debet: quam solennem esse fidelitatis præstandæ formulam constat ex lib. Feud.2, tit.5. tit.6.& tit.7. neque enim qui magistratum obtinent, vel ab inferiore vel etiam à pari contra dignitatē aliquid facere compelli possunt. l.3.in fi.& l.4, D.de recept.qui arb.prȩsertim cùm multarum gentium institutum sit, vt Vasallus fidelitatem iurans cingulum deponat, & Senioris manum osculetur: eíque se in fidem & clientelam commendet. quod Imperatoria maiestate planè indignũ videtur. Secundò, quòd cùm Imperator caput orbis Christiani dicatur in aurea Bulla Caroli IV, cap.2. Vasalli autem collegiũ habeant eorum quos Pares appellãt: quod sint (vt Græci dicunt) ὁμότιμοι: alienum ab Imperatoria dignitate videretur, collegam & parem dici Principibus aut nobilibus multo inferioribus: cùm magistratuum & dignitatum gradus confundi nõ oporteat. l.potioris, 5, C. de off. rect. prou. & l.1, C.de off. præf. vrb. Vnde illud Plinij ep. 1. In tribunatu abstinui caussis agendis, quod deforme arbitrabar, cui loco cedere omnes oporteret, hunc omnibus sedẽtibus stare. Tertiò, quemadmodum is qui Senatoriam dignitatem adeptus est, quantũ ad munera, municeps esse desinit, ne illis amplius sit ob-

noxius:l.municeps,23, D. ad munic.ita qui maiorem aliquam dignitatem adeptus est,videtur muneribus à dignitate sua dissentaneis liberatus esse. Ex contraria verò parte hæc pugnant. Primùm ꝙ si feudũ est in agris,id est,si agri non allodiales sunt, sed feudales,qualitas & cõditio prædij propter mutatã possessoris cõditionẽ nõ immutatur. l.4.§.is verò,D.de cens.l.cùm vnus,12,§.vlt. D.de reb.auct.iud.poss.Itaque in vectigalibus ipsa prędia magis quàm personæ obligata esse dicuntur.l. Imperatores,7,D.de public. Sic agri quibus onus aliquod iniũctum est,mutato possessore,onus tamen illud retinent. l. vsufructu,7,§. vnde Celsus, l.si pendẽtes,27,§.siquid,D. de vsuf.l.Paula,27,§. vlt.De legat.3.l.2, & l.Lucius, 12, D. de alim.leg. Si autem feudum est non in agris, sed in iuribus, qualem istum fuisse Ducatum propositum est (nã iurium & honorum feuda constitui, patet ex lib. Feud.2.tit.61.)tamen regula est feudalis iuris,quæ ad superiorem casum pertinet.vt Beneficium non detur,nisi propter officium & beneficij agnitionẽ. lib.feud.2.tit. 21. Secũdò ne summus quidem magistratus,veluti Cõsulatus, antiquo ciuili iure patriam potestatem extinguebat: vt Dionys. Halic. lib.2.scribit,& satis constat ex l.3,D.de adopt.& l. ille à quo,13, in fi.D.ad Treb.l.1,§.vl.D.ad Macedon. nam publici iuris ratio à priuato iure separatur:neque alterum alteri impedimẽto est.l. filiusfa.9,D.de his quæ sunt sui iur.l. nam quod,14,D. ad Treb.l.6,D.de cap.min.l.apud filium,18,D.de man.vindict.Quocirca nihil prohibet,in Friderico duplicem conditionem spectare: vnam Vasalli

quæ

quæ priuati iuris erit, propter beneficiũ ab aliquo acceptũ:alterã summi magistratus: cuius respectu summã potestatem habebit, quemadmodũ filius in patrem.d.l. ille à quo. Cuius rei singulare exẽplum notum omnibus est ex Liuio, Plutarcho, & Valerio, de Q.Fabio Maximo, qui à filio Consule de via decedere, & ex equo descendere iussus est. Denique nihil est incõmodi vnũ eundẽmq; duas personas diuerso respectu sustinere: vt in d.l.3, D. de adop. vbi filiusf. Cõsul apud semetipsum manu mittitur. Tertiò si propter nouã à Vassallo adeptã dignitatem feudalis conditio amitteretur, multa consequerentur incommoda: veluti, vt Friderico sine liberis mortuo eiúsque stirpe extincta, feudũ ad Seniorẽ suum non reuerteretur: cõtra lib.2, tit.15, & tit.18. & tit.26, & tit.31. vt ei sine Senioris permissu feudũ illud alienare liceret: contra lib.2. tit.52.§.1.& tit. 40.§.2. & tit.55. Quartò quod hic obiicitur Imperatorẽ soli Deo & Romano pontifici fidelitatẽ debere: videmus tamẽ in c.Adrianus, dist.63. Adrianũ Papam cũ vniuersa synodo decreuisse, vt Pontifex ipse ab Imperatore crearetur. idẽmq; ipsum ius creandi Põtificis & Episcoporũ Leo Papa Imp.Ottoni deberi agnoscit. in c.in synodo.ibid. Sigeber.in Chrõ.an.773. Adrianus Papa ad tuẽdas res Ecclesię Carolũ magnũ Romã accersit. Ibi synodũ cõstituit cũ Adriano, aliísq; CLIII religiosis episcopis & abbatibus, in qua Adrianus Papa cum vniuersali synodo dedit ei ius eligendi Pontificẽ, & ordinãdi Apostolicã sedẽ, dignitatẽ quoque principatus. Atq; hæc quidẽ ita disputari possunt, multo (mea quidẽ sententia) probabilius

quam quod Ardizo testatur, placuisse nonnullis Proceribus, feudum amissum esse. quo iudicio Seniori à quo Ducatum Fridericus in feudum acceperat, ciúsque posteris apertissima iniuria inferebatur: quibus sine vlla culpa ius feudi adimebatur: cùm absurdum sit propter nouam Vasalli dignitatem Seniorem detrimento affici: cui ius suum nisi certis de caussis nō eripitur, lib.2, tit.23. & tit. seq. præsertim cùm neque patri ob filij dignitatē antiquo iure sua potestas adimeretur: vt suprà dictum est ex l. ille à quo, 13, D. ad Treb. neq; liberti, nisi consentiētibus patronis, ius aureorum annulorum adipiscebantur. l.3, D. de iur. aur. ann. neque à potentiore aliquo sine eorundem cōsensu adoptari poterant. l. liberto, 49, D. de bon. lib. neque natalibus restitui. l. 2, in fin. & l. vlt. D. de natal. restit. Quare multo probabilior & verior eorū fuit sententia, qui Ducem alium in illo Ducatu sufficiendum esse iudicabant: propterea quod Vasallo permissum est, si obsequium ipsemet præstare nolit, alterum suum in locum substituere. lib.2. tit.8. §. vlt. & tit.34, §.3, & titul.55, §. præterea. Quanquā ne huic quidem quæstioni vsquequaque hoc modo satisfactum est. Quid enim si se Ducatu abdicare Fridericus nollet? Quare intelligendum est duplex hominij & clientelæ genus esse, quemadmodum Proculus fœderis duas species esse ostēdit. l.7, D. de capt. & postl. Vnum enim Personale est, alterū verò Reale. Personale est, cùm Vasallus Senioris sui caput, fortunas, & existimationem sese modis omnibus conseruaturū iurat: tanquam deuotus sui patroni: cuiusmodi solenne & vsitatū illud

illud est hominium, de quo passim in iure feudali tractatur: ac præsertim lib.2, tit.5, & titt. seqq. Reale verò est, quod propter prædiũ ipsum, agnoscẽdi scilicet auctoris beneficij caussa, præstatur. Deniq; quod Hominium feudale appellari docuimus cap. Disput. Feud. 24, cùm reuerentia tribuitur alicui, cùm promissione fidelis & grati animi, ob beneficiũ non modò ab se, verumetiã à maioribus acceptũ, sine vllius insignis operæ obligatione. Neque quicquam prohibet, non modò eum qui Senioris ac Principis vnius ditioni subiectus est, alteri Principi prędiorum caussa quę in ipsius finibus habeat, hominium illud præstare: verumetiã Regem alteri regi, ac principi, vel pari, vel inferiori: cuius rei passim exẽpla extãt in Chron. velut in Annalib. Britan. lib.4, cap.92. vbi Dux Britanniæ, qui tunc Regulus erat, Galliæ Regi propter Comitatum Mõfortianum fidelitatẽ iurat. Item in Chron. Dionysiac. cap.33. sub Carolo v, Rex Nauarræ Gallię Regi hominium fecisse dicitur, & fidelitatem iurasse possesionum earum nomine, quas in Galliæ finibus habebat. Item apud Theodorum Nihem. lib. histor. 2, cap. 25. vbi scribit, Delphinatum Galliæ Regi ea lege cõdonatum, vt Primogenitus Regni principatũ illum tanquam Vassallus imperij teneret in feudũ, & inde Delphinus vocaretur. Item apud Anton. Florentinum hist. part. 2. tit. 17, & sæpe in nostris Annalibus memoriæ proditum est, Regem Angliæ possessionum quarundam nomine, quas in Galliæ finibus habebat, hominium & fidelitatẽ Regi Gallię iurasse. Eodémq; pertinet quod Vlp. scribit in l.4, §.2, D. de cens. eum qui alterius

ciuitatis ciuis est,in altera prædia possidet, eorum prædiorũ nomine tributum ei ciuitati debere,cuius in territorio illa sunt prædia. Quo in genere munera illa sunt,quæ in lib.nostris Rei cohærentia dicuntur.l.sunt munera,11, D.de vac.muner. Item Intributiones quæ in agris fiunt.l.rescripto,6, .vlt.D.mun.& honor.Vt illud omittam,quod vbi conditionis personæ mutatio contingit, eius præcipuè temporis quo institutum negotium est ratio ducitur.l.Pomponius,18, D.de ne.gest.l.tutor,37,D.de admin.tut.

Vtrum adiuncti pacti eadem tum in strictis, tum in bonæfidei contractibus vis sit,aut verò quibus in rebus sit dissimilis.

QVAESTIO XXXVI.

PRAECLARA hæc quæstio est: quæ propositis aliquot enuntiatis explicanda est. quorum primum erit huiusmodi, Pactorũ nudorum quędam simplicia sunt,& per se constãt: quædam alteri principali negotio attributa sunt: quę iccirco Attributa,vel Adiuncta,vel Relata dicere possumus:quoniã per se non constant, sed ad alium principalem contractum referuntur:veluti, cùm quid præter contractus formam conuenit:de qua mox disseremus.Prius enim secundum enuntiatum exponendum est.11, Pactorum Relatorum alia ex continenti,alia ex interuallo fiunt.Ex continenti, cùm in ipso gerendo negotio quid conuenit:siue ante, siue post ipsum negotium id conuenerit.l.3, C.de ædil.act.l.petens,27, C.de pact.

Ex interuallo, vt cùm tempus mediocre aliquod interiectum est.l.continuus,136, D.de verb.oblig. l.duos reos,6,in fi.D.de duobus reis const.Seq.III, Eorundem relatorum aliud est Detrahens, aliud Adiiciens.Nam cum sua cuique contractui forma sit,vel naturalis,vel conuentionalis: pactum Detrahens dicitur, quod illi formæ partem adimit. Adiiciens verò,quod eidem partem adiũgit.l.pacta,72,D.de cont.empt.& l.contractus,23, D.de reg.iur.in illis verbis, Nisi quid nominatim conuenerit,vel plus,vel minus, in singulis contractibus.nam si plus conuenerit, erit Adiiciens : si minus,Detrahens.Naturalẽ formã appello,quæ cuique cõtractui iure ciuili tributa est:siue (vt loquitur Vlpian.) quòd naturaliter inest cuiusque contractus iudicio.l.ex empto, II, D.de act.empt.& Paulus, ius quod lex eius naturæ tribuit.l.si vnus, 27,§.pactus,in fin.D.de pact.veluti,naturalis forma emptionis & venditionis est, vt simpliciter de euictiõe caueatur,l.si duo,13,§.3, D.de iureiur.l.I, §.I,D.de præt.stip.l.4,D.de euict.si cõuenerit, ne cautio præstetur,pactũ est detrahẽs.d.l.ex empto, & l.emptori,37, D.de euict.si conuenerit,vt satisdato præstetur,est adiiciens.l.4,& d.l.emptori, & l.si dictũ,56,D.de euict.Sic naturalis forma depositi est, vt dolus solus præstetur.l.I, C.depos.At si conuenerit,vt etiam culpa præstetur,pactũ est adiiciẽs.l.I,§.si conuenit,D.eod.Sic naturalis forma cõmodati est,vt culpa præstetur.at si cõuenerit, vt solus dolus præstetur, pactum erit detrahẽs.l.si vt certo,5,§.interdum, D.commod. Atq; hoc nimirum est quod Pomponius ait, obligationũ caussas

pactione immutari posse. l nec ex prætorio, 27, D.de reg. iur & contractus modum excedi.l. Publia, 26, §.1, D.de Pos.vel eius naturam.vt in l.5, §. pen. D. de pręscrip. verb. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Conuentionalem verò contractus formam appello, quæ partium conuentione cuique contractui attributa est: quoniam (vt vulgò dicitur) lex dat formam contractui.l.in conuentionalibus, 52, D.de verb.oblig. d.l.contractus, & l.7, §.1, & l.in emptionibus, 43, D.de pact.veluti, si in bonæ fidei cõtractu conuenerit, vt vsuras debitor soluat. Itaq; si ex interuallo conuenerit, ne vsuræ soluantur, hoc pactũ Detrahens appellatur: vt detrahens dicatur non modò quod naturali, verumetiã quod conuentionali contractus formæ partẽ aliquam adimit. Sequitur IIII, Pactum detrahens & adiiciens duplici ratione dicitur: nimirũ respectu substantiæ, & accidentis, siue (vt Papin. loquitur) adminiculorum contractus. substantia siue natura emptionis & venditionis est, pretium, merx, consensus. l.2, §.1, l.nec emptio, 8, D.de cont.empt. accidens, sine quo consistere emptio potest: veluti, cautio de euictione. d. l.emptori, De euict. l.qui erat, 49, D.fam.ercisc. Ita Papin. apertissimè in d.l.pacta, De cont.empt. alibi autem Vlp. testatur eum hæc adminicula vocasse, quæ extra naturam contractus sunt. l.7, §.1, in fi. D.de pact. Atque hæc quidẽ hactenus generaliter & infinitè de pactis dicta sint: quorum disputatio quoniã cõtractuũ bonæfidei & stricti iuris cõmunis est, deinceps distributè à me tractabitur: vt prius de bonæfidei, tũ de strictis cõtractibus

differamus. Ergo quantum ad bonæfidei contractus prima enuntiatio hæc erit,1. Pactũ re integra de substãtia contractus detrahẽs,siue ex cõtinẽti, siue ex interuallo,re tamẽ integra adhibeatur,pacti nomẽ amittit: & vel Cõtractus vel Distractus efficitur:re verò iam sequuta interpositũ,ad exceptionem valet.Nam si conuenerit vt equus cẽtum aureis sit emptus:tum deinde quantumuis magno interuallo,re tamen integra, conuenerit, vt idem quinquaginta tantùm aureis sit emptus: noua hæc conuentio, non nudum pactum appellatur, sed nouus contractus:quasi nullus antea præcesserit.l. 2,C.quand.lic.ab empt. l. si vnus, 27, §. pactus,l. emptor,47,l.ab emptione,58,D.de pact.l.2,D.de resc.vend.Idque adeò verum est,vt interdum alius à priore cõtractus efficiatur. nam dos per pactum æstimationis naturam immutat, & emptio atque venditio efficitur.l.cùm dotem, 10, C. de iur. dot.interdum etiam vt quod pactum verè locatio & conductio erat, tamen emptioni & venditioni appositum pars huius efficiatur,venditíque actionem informet.l.fundi,79,D.de cont.empt. Similiter si emptio togæ aut lancis contracta sit, & re integra conuenerit,ne lancis emptio maneat,eius nomine emptio resoluitur.l.4, D. de resc. vend. Quòd si re non iam integra, sed sequuta interponatur, ex parte rei locum habet.l.si vnus,27,§. si cùm decem, & l.intra,41,D.de pact.l.5,C.eo. vbi, si cùm viginti deberes, pepigerim ne decem petam,exceptio tibi pro decem conceditur. Similiter Depositum per pactum incontinenti efficitur Mutuum.l.certi,9,§.vlt.& l.seq.D.de reb.cred.of-

ficitur etiam Conductio.l.1,§.si vestimentum, D. depos.sicuti mandatum & commodatum, quod natura sua gratuitum est, mercede interueniente efficitur locatio.l.5.§.nunc vidēdum,D.commod. §.vlt.Inst.mandat.l.22,D.de perscript. verb. Seq. 11,Pactum de adminiculis detrahens,si confestim adhibeatur,inest principali contractui ex parte actoris:sin ex interuallo,locum habet ex parte rei. d.l.7,§. quinimo, De pact.Inesse autem ex parte actoris est, valere ad actionem reformandam: id est ad solennem eius formulam ipso iure vel minuendam,vel amplificandam.quorum illud actori nocet,hoc verò prodest. vnde illud Pauli, Exceptiones pacti bonæfidei iudiciis inesse. l. 3, D. de rescind.vend.l.huiusmodi, 84 , §. 4, D.de legat.1. quod ille sic interpretatur,actionem à prætore ex ea parte denegari. nam prætor in constituēdo iudicio,vbi demonstratum erit, pactum illud interpositum fuisse, actionem ab ea parte non dabit. Similiter dicere solemus, doli exceptionem bonęfidei iudiciis inesse. nam hoc idem valet, vt actionem propter dolum ipso iure impediri,neque à prætore concedi. Cùm enim dolus bonæfidei aduersetur, vbi prætor dolum animaduertit, actionem denegat.l.domum, 57, in fi. D. de cont. empt.l.& eleganter, 7, D. de dol.mal.adeo vt quāuis ex stipulatione dolosa detur actio, tamen si dolus prætori appareat,actionem non concedat.l. 1,§.idem Pomponius, D. de dol. neque enim iis assentior qui hoc sic interpretantur, quasi ratio doli vel pacti à iudice haberetur, etiamsi eius exceptionem reus omiserit.non enim vsque ad iudicem

cem res producitur : sed à prætore in constituendo iudicio & contestanda lite disceptatur. l. eleganter, 23, §. si quis, D. de cond. ind. l. 1, §. sunt qui, D. ne quid in flum. publ. l. inter coheredes, 44, §. 1, D. fam. erc. Itaque Iulianus in l. huiusmodi, 84, §. qui seruum, D. de leg. 1. vbi scribit reum emptorem actione ex vendito absoluendum, quoniam, inquit, iudicium bonæ fidei est, quod doli exceptionem in se continebat. In eandem sententiam sumptus inesse dicitur actioni de dote, atque ob eam caussam, vbi summam illius adæquant, actionem euanescere, quoniam doli exceptio ei inest. l. sed etsi, 21, D. sol. mat. Nam quod dicitur IPSO IVRE, ad prætorem refertur. velut in l. postea quã, 21, D. de compens. quoniam id quod inuicem debetur, ipso iure compensatur, ab initio minus peti: hoc est, actionem in minorem tantùm summam à prætore concedi. Denique Ipso iure & Per exceptionem passim opponuntur. veluti in l. 3, §. emancipati, D. de coll. bon. Veruntamen vbi de facto prætori non constat, rem ad iudicem reiicit, siue exceptioni locus sit : velut in l. nam posteaquam, 9, D. de iureiur. l. 3, C. de except. & l. 3, §. ibidem, D. ad exhib. siue non sit, & ipsius iudicij natura contineatur. l. planè, 38, D. de her. pet. Sed nunc ad institutum redeundum est. nam quid sit Pacti exceptionem contractui ex parte actoris inesse, satis dilucidè, vt opinor, explicatum est. Superest vt videamus quid sit Ex parte ei locum habere: quæ Vlpiani loquutio est in l. 7, §. quinimo, in fi. D. de pact. Nam quod vulgò in scholis dicimus *Ex parte rei inesse*, vereor vt satis commodè

vſurpetur: tametſi vulgi errore inductus hanc loquendi conſuetudinem ipſe quoque nonnũquam ſum ſequutus. Ergo locum habere ex parte rei pactum dicitur, cùm ei ad exceptionem valet. Quod cùm ita ſit, ſi in ſpecie propoſita, & emptione cõtrahenda pactum incontinenti fuerit, ne de euictione caueatur, pactum hoc ex parte actoris cõtractui ineſt: nimirum, vt ſolennem eius actionis formulam imminuat. Cùm enim naturaliter ineſſet empti iudicio, vt non modò res, verumetiam duplæ cautio peteretur, l. ſi duo, 13, §. 3, D. de iureiur. nunc propter pactum detrahens, illa pars quæ ad cautionem pertinet, demetur. atque hoc nimirum eſt quod Pomponius ſcripſit, obligationum cauſſas pactione immutari, & ipſo iure, & per pacti conuenti exceptionem. quia actionum modus, vel lege, vel per pretorem introductus priuatorum pactionibus non infirmatur (id eſt immutatur, niſi potius legendum ſit *Informatur*) niſi tũc cùm inchoatur actio, inter eos conuenit. l. nec ex prætorio, 27, D. de regul. iur. ea. Quare ſi in emendo cõuenerit, vt ſi res emptori intra certum tempus diſpliceret, redderetur, ex empto actio eſt. l. ſi conuenerit, 6, D. de reſc. vend. Sic Vlpianus in d. l. 7, §. 1. Si quidem, inquit, ex continenti pacta ſubſequuta ſunt, etiam ex parte actoris inſunt. Et mox, Ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant, id eſt quæ in ingreſſu contractus facta ſunt: ſin autem pactum illud ex interuallo adhibitum ſit, tum verò locum tantùm ex parte rei habebit. Nam venditori tantùm ad exceptionem valebit. d. l. 7, §. 1, in fi. de pact. Itaque cùm emptor per actionem

ctionem ex empto duplæ cautionem postulabit, venditor ei pacti exceptionem opponet, Si non pactus sis de cautione non exigenda. Et hoc est quod Vlp. illo loco sic scribit, Ex interuallo non inerunt, nec valebũt, si agat: ne ex pacto actio nascatur. Ergo ex parte actoris non inerunt. veluti, Naturalis forma contractus dotis est, vt soluto matrimonio annua, bima, trima die dos reddatur. l. 1, §. exactio, C. de rei vx. act. Si post diuortium, inquit Vlp. conuenerit vt statim dos reddatur, hoc non valebit: ne ex pacto actio nascatur. Et mox responsum à Papin. est, si post emptionem ex interuallo aliquid extra naturam contractus conueniat, ob hanc caussam agi ex empto non posse, propter eandem Regulam, Ne ex pacto actio nascatur. Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia solent & ea pacta quæ postea interponuntur, parere exceptiones. Seq. III, Pactum re integra substantiæ contractus adiiciens, siue ex continenti, siue ex interuallo adhibeatur, renouat cõtractum. At si re non integra interponatur, nullius momenti est: veluti, si emptione ita contracta vt fundus centum aureis emptus sit, re vtraque ex parte integra, rursus conuenerit, vt idem fundus ducentis aureis emptus sit. nam cùm hoc pactum essentiam emptionis & venditionis cõtineat, non iam pactum nudum, sed verus germanúsque contractus efficitur. l. 2, D. de resc. vend. Vbi verò iam sequuta res est, nullius momenti pactum est: quoniam ex pacto nudo actio non nascitur. Seq. IIII, Pactum adiiciens adminiculis, si quidem ex continenti sit adhibitum, inest ex parte actoris. sin ex

interuallo,tantum ex parte rei locum habebit.veluti,Conuenit vt venditor de euictione satisdaret. si confestim id & in ipso principali emptionis ac venditionis negotio gerendo conuenerit, valebit emptori ad actionem informandam, & noua adiectione amplificandam.sicuti videmus actionem adiectione noua amplificari in l.in bonæ,36,D.de pecul.nam emptor non modò rem , verumetiam fideiussorem sibi dari postulabit.Itáque intelligẽdum est quod traditur in l.qui fundum, 75, D. de cont. empt. qui fundum vendidit , vt eum certa mercede conductum ipse habeat , vel si vendat, non alij,sed sibi distrahat,ad complẽdum id quod pepigerunt, ex vendito agere poterit : nimirum cùm ex continẽti pepigerunt. Eodémque pacta illa pertinent,vt certo loco quid præstetur.l.in bonæ,7,D.de eo quod cert.loc.l. 5, D. commod. item vt ne in mari proximè fundum aliquem piscari liceat.l.venditor,13.D.comm.præd. Quinetiam adminiculorum numero vsuras ascribi video in l.Publia,26,§.1, D. depos. vbi pactum vsurarum incontinenti appositum actionem informat.Itémque in l.initio,5,C.de pact.int. empt. & l.Lucius,24,in fi.D.depos.l.si pro patre,10, §.2, in fi.De in rem vers. Sinautem ex interuallo id conuenerit,tantùm ex parte rei locum habebit: vt scilicet ei ad exceptionem prosit.quod de venditore defendente nullo modo explicari potest,sed de agente,& ad iudicium prouocante. nam cùm per venditi actionem pretium postulabit , tum emptor reus pacti exceptionem opponet , SI NON fideiussorem mihi promiseris. Atque ita Paulus intel-

intelligendus est in l.3,D. de resc.vend. Si emptor fideiussorem acceperit (id est conuenerit,vt fideiussorem acciperet)exempto quidem agi non poterit, quia bonæfidei iudicio exceptiones pacti insunt:id est, pactum ex interuallo appositum locum habet tãtùm ex parte rei, vt ad exceptionem valeat:ex parte actoris non inest,nec ad actionem informandam valet. Itaque venditor,inquit Paulus,siue ex vendito, siue ex stipulatu agens, pretium postulet,exceptione submouebitur. Sed satius esse arbitror totum illum Papiniani locum, breui adhibita paraphrasi exponere. Pacta conuenta principali contractui adiuncta quæ postea (id est ex interuallo,vt in l.7,§.1,in fi.D.de pact.) facta detrahunt emptioni,hoc est, demũt aliquid de vsitata & solenni forma emptionis, videntur contineri contractu illo principali, vt siquidem confestim adiuncta sint,ex parte actoris insint, & ad actionem ipsius reformandam, id est vel imminuendam,vel amplificandam valeant. Quæ verò pacta contractui adiiciunt,id est solenni & vsitatæ ipsius formæ aliquid addunt, & alterutrius cõtrahentis obligationem adaugent, credimus ea pacta quæ postea & ex interuallo apposita sunt,contractui non inesse:nimirum ex parte actoris. veluti si pactum sit ex interuallo factum, vt dos confestim post diuortium petatur, non autem annua, bima, trima die: pactum contractui non inerit,ne ex pacto actio nascatur.l.7,§.adeò,D.de pact. Hoc autem locum habet tantùm in adminiculis. Ergo detrahentis pacti exemplum sit, ne cautio duplæ præstetur:adiiciẽtis, vt cum fideiussore cautio du-

plæ præſtetur. ac de adiicienti pacto ſic concludamus, Quo caſu adiiciente pacto ex interuallo adhibito, agente emptore, & impleri contractum poſtulante, non valet pactum: id eſt, non prodeſt illi ad petendum fideiuſſorem: eodem caſu (illo, inquam, eodem caſu quo pactum adiiciens ex interuallo ſubiunctum eſt) agente venditore vires habebit iure exceptionis:id eſt, emptori proderit ad exceptionem. Atque hæc quidem de adminiculis hactenus.nunc de eſſentia videamus: vbi notanda eſt apertiſſima oppoſitio & contentio ſubſtantiæ contractus cum adminiculis. Hîc Papin. eandem diſtinctionem adhibet pacti detrahentis & adiicientis.Subſtantia emptionis,inquit, conſiſtit in pretio. Ponamus pactum ex interuallo factum eſſe detrahens aliquid eſſentiæ:vt cùm prius conueniſſet de centum aureis, nunc pactum fiat de octoginta,vel ex contrario, pactum adiiciens, vt cùm de octoginta prius conueniſſet,nunc conuenerit de centum: non immeritò, inquit Papinianus,quæſitum eſt, vtrum hæc pacta inſint, an non. Dubitandi cauſſa erat,quoniam principalis ille contractus ſuperior per ſe ac ſuis viribus conſtabat, pactúmque hoc nudum ſuperiori attributum eius tantùm appendicula quædam videbatur, ſicut in aliis innumeris pactionibus vſuuenit. Hîc ſiue Papinianus ſententiam ſuam, vt in re dubia, ſuſtinuerit, ſiue alibi iudicium ſuum expoſuerit, ſolius certè Pauli reſponſio profertur,vt quoniam pacta illa fiunt de ipſius contractus eſſentia, non iam pacta nuda cenſeantur, ſed plena, ſolida, ſubſtantialia:id eſt,veri germaníque contractus: nouámque

uámque noua illa conuentione emptionem veteri extincto contractu constituant: vt quodãmodo quasi renouatus contractus videatur, sicuti loquitur Vlp. in d.l.7, §. adeò, D. de pact. Quæ cùm ita se habeant, primùm videndum est ne pactum detrahẽs interpretemur, quo ab emptione receditur: adiiciens, quod ipsius adminiculis adiicit. quæ diuidendi ratio ab arte aliena est: cuius pręceptũ est, vt diuisio species cognatas ex vno eodémque genere diducat: vt si pactum detrahens interpretemur, quo ab emptione receditur: similiter pactũ adiiciens definiamus, quo emptio cõstituitur: quo nihil absurdius dici potest. Itaque alibi detrahens & adiiciens ad vnum idémque genus referũtur. l.1, §.3, D. de verb. obl. l. si ex toto, 8, D. de leg. 1. l. vlt. §. vlt. D. de leg. 3. Vidẽdum est præterea ne Papinianum absurdè locutum existimemus, vt Agẽtẽ venditorem dixerit pro defendentem. nam etsi agi etiam in exceptione dicatur, l. 1, D. de except. tamẽ facile est animaduertere, locum huic abusioni in hac lege nullum esse. primùm, quia Papin. duos casus contrarios inter se opponit: quorum priore emptorem ex empto aduersus vẽditorem agẽtem constituit: posteriore, vẽditorem ex vẽdito agẽtem aduersus emptorem. Deinde, quoniam Paulus hanc ipsam speciẽ tractans in l.3, D. de resc. vend. similiter in eadem specie ita locutus est: Vẽditorem, inquit, agentem exceptione summoueri oportet. Postremò, quia nullum huic sentẽtiæ accommodari exẽplum potest. Nam quorsum se vẽditor exceptione tueretur? cùm actionem emptor illo nomine intẽdere in illum non possit: quippe,

quæ ipſo iure deminuta ſit:vt ſuprà dictum eſt,ex d.l.3,De reſc.vend. Verùm hęc quidem de bonæfidei contractibus hactenus. Deinceps de ſtrictis contractibus videamus. quod argumẽtum totidẽ enuntiatis tractabimus: quorum primum erit huiuſmodi : Pactum de ſtricti contractus ſubſtantia detrahens, ſi confeſtim adhibitum ſit, ineſt ex parte actoris:at ex interuallo interpoſitum,tãtùm ex parte rei locum habet. veluti, ſi tibi decem dedero,vt nouem debeas,non amplius ipſo iure debebis, quàm nouem. l. rogaſti, 11, §.1,D.de reb. cred. Reformabitur ergo atque imminuetur creditoris actio,ſic vt petere niſi nouẽ nõ poſsit. Verùm ſi ex interuallo id pactũ eſt, tantùm ad exceptionẽ valebit.l.ſi vnus,27,§. ſi cùm decẽ, l. intra, 41,D.de pact.l.5,C.eod. vbi ſi qui decem ſtipulãti ſpoponderat, poſtea pactum fecerit, ne amplius quàm quinque deberet, pacti exceptione munitus eſſe dicitur.Cur autẽ aliud in his, aliud in bonæfidei contractibus ſtatuatur, cauſſa expedita eſt:quoniam hîc integra res non eſt : quod in bonæfidei iudiciis requiri oſtendimus.Seq.11: Pactũ detrahens de adminiculis ſtricti contractus,ſi cõfeſtim adhibeatur, ineſt ex parte actoris:ſin ex interuallo, locum habet ex parte rei.l. obligationũ, 44,§.1, D. de obl.& act. vbi Paulus ait, conditionem efficacem eſſe, quæ in conſtituenda obligatione inſeritur, non quæ poſt perfectam eam ponitur.veluti, Centum dare ſpondes, niſi nauis ex Aſia venerit? ſed hoc caſu exiſtente cõditione locus erit exceptioni pacti conuenti.Nunc de priore parte videamus. nam ſi ſtipulatus centum cõtinuò

nuò pepigerim vt per partes soluere liceat, pactũ incontinenti factũ stipulationi inesse Paulus scribit in l.lecta, 41, De reb. cred. nimirum ex parte actoris, vt actionis forma immutetur: & creditor non plus singulis pensionibus petat, quàm quantum pacto expressum est. Similiter si sortem & vsuras purè stipulatus cõfestim pepigero, vt donec vsuræ soluantur sortem non petam, cõditio stipulationi inesse dicitur in d.l.4,§.1,D.de pact. Planè singulari casu pactum huiusmodi confestim interpositum, non tamen ex parte actoris inerit, sed ex parte rei locum habebit. nam si tempus obligationi adiectum sit, veluti vsque ad Kalendas, post tẽpus petere quidem stipulator poterit, sed pacti conuenti exceptione submouebitur: ait Paulus in d.l.obligationum, 44, De obl.& act. & l.si mãdata, 59,§.2, D.mãd. sed ratio hæc est, quoniam propriè obligatio ad tempus non constituitur. d.l.obligationum. At si ex interuallo adhibitum fuerit, tum ad exceptionem tantùm valebit, vt modò dictum est ex d.l.obligationum. itémque in l.2, §. item quæritur, D. de dol. except. vbi stipulatus purè, si postea paciscatur ne ante diem petat, si prius petat, pacti exceptione repellitur. Atque hoc ex loco interpretanda est l.siquis, 49, D. de pact. vbi Vlp. agit de pacto, vt quatenus facere debitor possit, eatenus creditor agat. Nam illud pactũ incontinenti appositum fuisse necesse est, cùm de imminuenda actione loquatur. quod si ex interuallo factum esset, ita conceptum fuisset, Quatenus facere posit, debitor teneatur: atque ad exceptionem valeret. Seq. 111: Pactũ substantiæ contractus adii-

ciens,quocunq; tempore adhibeatur, nullius momenti eſt. nam ſi credidero tibi decem vt mihi vndecim debeas,amplius quàm decem peterē non poſſum.d.l.rogaſti,§.1,D.ſi cert.pet. & l.ſi tibi,17, D.de pact.vbi Paulus rationem ſubiungit : Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum eſt.Cauſſa autē differētiæ à bonæfidei contractibus ſuperius expoſita eſt,quoniā hîc res non eſt in integro. cauſſa differentiæ ab enuntiatione ſuperiore, quoniam illud pactū onerabat obligationem:hoc autem ſubleuat.qua de cauſſa fauorabilius eſt.l.47,D.de oblig. & act. Seq.IIII: Pactū adiiciens adminiculis contractus, ſi quidem cōtinuò adhibitum eſt,ex parte actoris ineſt:ſin ex interuallo,locum habet ex parte rei duntaxat.l.ſi ita quis,135,§.Seia, D.de verb.obl. vbi actio ex ſtipulatu dari dicitur ei qui continuò poſt ſtipulationē pactus fuerat.itémq; in l.iure,5, C. de fideiuſſ. vbi pactum vt antè cum reo quàm cum fideiuſſore agatur,actionem aduerſus fideiuſſorem impedit. & l.3,D.de reſcin.vēd. vbi ſi emptioni ſtipulatio adhibita fuerit,& ex continenti conuenerit, vt venditor de euictione ſatiſdet,Paulus in fi. legis ſcribit,emptorem ex ſtipulatu agentem petiturum vt ſatiſdetur. ſimilitérque ſi crediderim tibi ea lege, vt mihi Romæ ſoluas.nā actio ita naſcetur, vt Romæ peti poſſit.l.aut mutua,6.& l.is qui,9,D.de eo qu.cert.loc.Itémq; ſi in emptione cui adhibita ſtipulatio eſt, conuenerit, ne cui certo in littore piſcari liceat, per ſtipulationis legem obligatur: ait Vlp.in l.venditor,13,D.com.præd. Eodémq; pertinet l.petens,27,C.de pact.vbi Imp. ſcribit petē-

tem

tem ex ſtipulatu cui pactũ vel poſt vel ſtatim adhibitum eſt, audiendum eſſe. Quanquam in vſuris locum hoc non habet. nam ita ius ciuile cõparatũ eſt, vt in ſtrictis contractibus vſuræ ex pacto quanuis incontinenti adhibito non debeãtur. l. Titius, 24, D. de præſcrip. verb. ſed tantùm ex ſtipulatione. l. 3, C. de vſur. l. ſi pro parte, 10, D. de in rẽ verſ. Vbi verò ex interuallo pactum interpoſitum eſt, tum reo ad exceptionem valebit. Itaq; ſi poſt emptionem, cui adhibita ſtipulatio eſt, ex interuallo conuenerit vt vẽditor de euictione ſatiſdet, ac vẽditor ex ſtipulatu agens pretiũ poſtulet, pacti exceptione ſummouebitur: SI NON pactus ſis vt ſatiſdes. ait Paulus in d. l. 3, D. de reſc. vend. nõ quo apud iudicẽ opponatur. ſed quòd pacto apud Prętorem (à quo venditor actionem petebat) allegato, prætor actionem denegat propter bonæ fidei iudicium: cuius tanta vis eſt, vt etiam ſi ſtipulatio adiecta ſit, tamen in ea pactum inſit. Nunc rei dilucidandæ cauſſa tabulã ſubiungemus, in qua ſummatim totam hanc diſputationem deſcripſimus. Ex quibus ita diſputatis, non modò de ſumma inter bonæ fidei & ſtrictos contractus conuenientia, verumetiam de aduerſariorum noſtrorum iudicio exiſtimari poterit.

- Pa-ctū fit aut
  - de substantia contractus: & hoc vel
    - detrahit de substātia: qđ ipsum interponitur aut
      - re integra siue
        - ex continenti
        - pacti nomen amittit: & vel contractus vel distractus efficitur.
        - ex interuallo.
      - re secuta: quo casu tantùm ad exceptionem valet.
    - vel adijcit substātię:ídque vel
      - re integra quo casu siue adhibitum sit
        - ex continenti
        - ex Interuallo
        - renouat contractū: & pactionē amittit: ac nouus cōtractus efficitur. l.2.D. de resc.vend.
      - Re nō integra: quo casu nullius momenti est.
  - de adminiculis. & est vel
    - detrahens adhibetúrq; aut
      - confestim, quo casu contractui ex parte actoris inest.
      - ex interuallo: quo casu locū habet tantùm ex parte rei. l. 71,De pact.
    - adijciens: adhibetúrque aut
      - ex continenti,quo casu ex parte actoris inest.
      - ex interuallo: tantùm ex parte rei locū habet, vt exceptionem pariat,

Ecquenam

Ecquenam eorum pactorum natura sit, quæ vel contractum formare, vel per se vitiari dicuntur.

QVAESTIO XXXVII.

PRIMIS temporibus qui iuri ciuili constituendo præfuerunt, iis negotiis omnibus, ex quibus lege, iure, aut iudicio ageretur, formam certam imposuerunt, quæ dicitur *Forma antiquitus constituta.* l.5, §. Iulianus, D. de admin. tut. Hæc forma primùm ad ius negotij quod per eam definiebatur pertinebat, tùm etiam ad actionum formulas, id est rituum ac verborum solennitates. Et hæ sunt quas olim generali nomine legis actiones appellabant: non, vt Tribonianus dixit, quibus inter se homines disceptabant. l.2, §. deinde, D. de orig. iur. Dicemus hoc loco de contractibus, & forma iuris antiquitus in ipsis constituta. Forma contractuum duplex est. vna pertinet ad substantiam, altera verò ad accessiones, quę Papinianus adminicula vocat in l. pacta, 72, D. de contrah. empt. substantiam contractus dicimus, sine qua consistere negotium nō potest: veluti contractus bonæ fidei, sine bona fide. l.5, D. de rescin. vendit. stipulatio sine verbis: nominum obligatio sine literis: emphyteusis sine scriptura. l.1, C. de iur. emphyteu. item fideiussio sine stipulatione: emptio & venditio sine pretio. d.l. 72. locatio & conductio sine mercede. l.23, D. commun. diuid. Adminicula dicimus, quæ & abesse, & adesse possunt, vt tamen contractus per se ac sine iis consi-

ſtat.veluti ſcriptura,in pleriſque contractibus. l.4, D.de pignorib. l. 4, D. de fid.inſtrum. præſtatio periculi in bonæ fidei contractibus: vt paulò poſt demonſtrabimus. in emptione cautio de euictione.d.l.72. Vtraque forma iure ciuili antiquo conſtituta quidem ac definita eſt:ſed tamen diſſimili ratione. Nam illius regulæ ita directæ ac legitimæ fuerunt, vt neque iudicibus in iudicando, neque contrahentibus in contrahendo ab iis recedere liceret.l.contra,28.D.de pact.l.ex empto,11,D.de act.empt. vbi hæc dicuntur ineſſe cuiuſque contractus iudicio.Et hic eſt,qui dicitur Status & natura obligationis.l. 9,§. 1, D. de duob. reis.& ius quod lex cuiuſque contractus naturæ tribuit.l. 27, §.2,in fin.D.de pact. Quæ verò ad contractuum adminicula pertinebat, ita iure quoque ciuili definita eſt, vt tamen contrahentium arbitrio permitteretur:id eſt, vt ſi nihil nominatim inter cõtrahentes contra formam præſcriptam conueniret, iure communi relicta intelligeretur. vnde illa ſunt peruulgata, Obligationum cauſſas pctaione immutari poſſe:l.27, D. de reg.iur. Pacta legem dare contractui.l.contractus, 23, eod.l.7, §.quinimo, D.de pact.contractum ex conuentione legem accipere.l.1,§. ſi conuenit, D. depoſ. Nam hæc omnia de adminiculis dicta eſſe,pro locis intelligitur. & niſi attentè & accurate obſeruentur, negotium hominibus minus exercitatis faceſſent. veluti cùm Paulus hãc Adminiculorum formam, appellat Naturam contractus.l.5,§.pen.D.de perſcript.verb.vbi Naturam mandati eſſe dicit, vt leuis tantùm culpa præſtetur : licere tamen per pa-

pactum naturam eius excedere,vt etiam custodia præstetur : cum tamen ea res ad mandati adminicula pertineat : vt paulò pòst intelligetur. Dicamus de pactis contra substantiam contractuum adhibitis. Eorum enim quędam per se constant, quædam prioris negotij accessiones sunt. Quæ per se seruantur , priorem contractum renouant, ac nouæ conuentionis ius noménque inducunt. quæ accessiones sunt,non seruantur, sed vitiantur, ac repudiantur:quoniam (vt iam diximus) naturæ principalis contractus repugnant. Prioris generis exempla hæc sunt: Natura mãdati, depositi, commodati hæc est,vt sint gratuita. si inter cõtrahentes conuenerit , vt merces præstetur ,ex deposito , commodato , mandato efficietur locatio & conductio. l. 5, §. nunc videndum, D. commod. §.vlt. Instit.mand.l. si tibi , 22 , D. de perscript. verb. l. 1, §. si vestimentum, D. deposit. Natura depositi est,vt depositario re deposita vti non liceat. si conuenerit,etiam ex interuallo, vt pecunia deposita vtatur,ex deposito mutuũ efficietur.l.cer ti,9.§.vl.D.de reb.cred.l.Lucius,24,D.depos.Natura dotis est,vt res ipsę dotales restituantur.si cõuenerit,vt æstimatio reddatur , ex dotis datione emptio & venditio efficietur.l.cùm dotem, 10,C. de iur.doti.vbi apertè dicitur, contractum per pactionem illam formari.Natura mutui est,vt idem genus reddatur:veluti pecunia pro pecunia , vinũ pro vino,oleum pro oleo. si conuenerit,vt pro pecunia vinum,pro oleo frumentum reddatur, permutatio contracta esse dicetur.l.2,D.de reb.cred.

l.pen.C.de rer.permut.l.8, §.pen. D.de transact. Natura emptionis est, vt merx & pretium inter se commutentur. si conuenerit, ne pretium detur, donatio efficietur.l.3,& l.9,D.de contr.empt.Natura societatis est, vt aliquid vterque conferat.si conuenerit,vt alter solus conferat,alter nihil conferat, non societas,sed donatio intelligetur.l.5,§.vlt.D.pro soc.l.cùm hic status, 32,§.si inter,19,D. de donat.int.vir.

Deinceps exempla eorum pactorum exponemus,quæ contra naturam contractuum adhibentur,non vt per se constẽt,sed vt eorum pars & accessio siue adiectio sint:& quoniam eorum naturæ repugnant,vitiantur: neque à Prætore, vt pote iuri ciuili contraria,seruantur.non enim hæc cõtractum vitiant,sed ipsa vitiantur, & pro nõ adiectis habentur.veluti : Natura bonæ fidei contractuum est,vt ab iis dolus absit, & si quid dolo cõmissum sit,præstetur.l.5, D.de rescind.vend.pactũ igitur ne dolus in iis præstetur, nullius momenti est: neque à Prætore seruabitur, quoniam bonis moribus repugnat.l.7,§.1,D.de pact.l.contractus, 23,D.de reg.iur.l.1,§.si conuenit,D.depos.Natura societatis est, vt par lucri & dãni portio ad socios pertineat.si conuenerit,vt ad vnum lucri duæ partes pertineant, damni tertia,ad alterum duę partes damni, lucri tertia,Q.Mutius disputabat,contra naturam societatis hanc pactionem esse, ac proinde inutilem.§.2, Inst.de societ. Natura eiusdem est,vt cùm sortis, tùm etiam lucri & damni communio ineatur.l.1,§.plane,D.de tut.& rat.distrah.si conuenerit,vt ad vnũ lucrum, ad alterum dam-

damnum pertineat,inutile pactum est.l.si nõ fuerint,29,§.1,D.pro soc. Natura eiusdem est, vt ei quisque cum sibi commodum videbitur, renuntiare possit.quare pactum,vt in æternum societas contrahatur, nullius momenti est.l.nulla, 70,D. pro soc. Natura dotis est lege XII tab.constituta, vt soluto matrimonio annua,bima, trima die reddatur.& hoc ius esse dicitur, quod lex eius naturæ tribuit.l.27,§.2, in fin.D.de pact. Hanc formam mutare pactione non licet:veluti si conueniat, vt longiore die soluatur. tametsi admittatur pactio, vt citeriore die soluatur.quoniam hanc legis mentem fuisse constat, vt mulieri potius quàm viro consulatur. ac propterea meliorem dotis conditionem efficere per pactiones liceret, deteriorem non liceret.l.17,& l.seq.D.de pact.Natura precarij est,vt res precariò concessa ad concedentis nutum restituatur.si conuenerit, vt nõ ante certũ tẽpus repetatur, pactum non seruatur.l.cum precario,12,D.de precar. Natura hypothecæ est,vt debitori salua maneat vendẽdæ hypothecę potestas. pactum igitur ne ipsi vendere liceat, nullius momenti est.l.7,§.vlt.D.de pignorib. Ex quibus ita disputatis perspicuum est,pacta quę tanquam adiectiones in contractibus adhibentur, nõ quidem contractum vitiare,sed ipsa vitiari.sicuti Vlpianus ait,adiectionem contra legati naturam adhibitam, non vitiare legatum, sed ipsam vitiari,& pro non adiecta censeri.l.6,§.1,D.de pecul.legat.Deinceps ad eorum pactorum exempla transeundum est, quæ ad contractuum adminicula pertinere diximus:atque ita iure ciuili antiquitus constituta, vt

tamen contrahentium arbitrio permitterentur. Natura cõtractuum ferè omnium est, vt sine scriptura constent.d.l.4, D.fid.instrum.si conuenerit vt non prius perfecti intelligãtur, quàm in scriptũ redacti sint,valet pactio.l.contractus,16, C.eod.l. vlt.C.de contrah. empt. Natura bonæ fidei contractuum est,vt in nullo eorum fortuiti casus pręstentur:l.5,C.de pignorat.act. at si id conuenerit, pactum valebit.sicuti de pignore traditur in d.l.5. De commodato, in l.1,C.commod.l.5,§.1,l.in rebus,18,D.eod.& de deposito in l.1,§.sępe, D.deposit.l.7,§.si paciscar, D.de pact.de mandato in l. &Aristoni,39,D.mand.de locato in l.9,§.2,l.item quæritur, 13, §.si gemma, D.locat.de vendito in l.1,D.de peric.& commod.de negotiis gestis in l. negotium,22,C.de negot.gest. Natura empti & venditi est,vt de emptione nuda cautio pręstetur. l.si duo,13,§.3,D.de iureiur.l.1,§.1 , D.de prætor. stipul.l.4,D. de euict.at pactum vt ne cautio illa pręstetur,aut vt cum fideiussore pręstetur,valebit. l.pacta,72,D.de cont.empt.l.ex empto,11, D.de act.empt.l.4.l.Lucius,11,l.si dictum,56,l.emptori, 37,D.de euict.Natura bonę fidei cõtractuum est, vt in iis qui dantis solius vtilitatem continent,dolus tantum & lata culpa pręstentur: qui solius accipientis , leuissima: qui vtriusque leuis. l.23,De reg.iur.l.si seruus,108,§.cum quid, D.de legat.1,l. 5,§.1,D.commod.at si conuenerit,vt pro leui, vel lata vel leuissima pro lata,leuis :pro leuissima,leuis tantùm præstetur,pactum seruatur.d.l.23.& l.1,§. si conuenerit, D.deposit.l.5.§.pen.D.de perscript. verb.Natura eorundem est, vt quod promissum

est

est,simpliciter præstetur.velut in deposito, vt res deposita sola reddatur.at pactum vt ex mora vsuræ præstentur,valet.l.3,C.de vsur.l.5.C.de pact.int. empt.l.5, D.de actionib.empt.idque speciatim de pecunia deposita traditur in l.Publia,26,§.1,D.depos.quinetiam iudicis officio cōtinetur in his bonæ fidei iudiciis,vt si ei æquum videatur, & vsuras infligat,& earum modum definiat.l.1,l.3, §.vlt.D. de vsur.l.in bonæ,13,C.eod.l.quæro, 54.D.locat.l. deducta,58.D.ad Treb. Natura mutui est,vt credita pecunia semel vnáque pensione reddatur.l. tutor,41,§.1,D.de vsur.l.Iulianus,13,§.offerri, D. de act.empt.at pactū vt per partes soluere liceat, valet.l.lecta,41,D.de reb.credit.Natura societatis est,vt heres in societate non succedat.pactio tamē vt heres in demortui locum succedat, valebit.§. pen.De societat.l.cum duobus,52,§.idem respondit,D.eod.Natura fideiussionis antiquo iure fuit, vt fideiussorem omisso reo conuenire liceret. at pactum vt non nisi excusso reo conuenire fideiussorem liceret, valebat.l.5, C.de fideiuss. Natura eiusdem est, vt à singulis fideiussoribus solidum peti posit. pactum tamen factum vt pro virili tantùm parte teneatur, valet l. inter eos,51. D.de fideiuss.Natura commodati est,vt repeti nisi expleto vsu non posit.in quo tacitè tractus tēporis continetur. l. in commodato,17, §.sicut,D. commod.si conuenerit, vt intra certum tempus reddatur, siue vsus expletus sit, siue non,valebit conuentio.l.2.C.commod.

tea fuerat, nouus homo esse fingitur. veluti manumissus.l.seruus,27.D. de adim. legat. Non rarò præterea in personarum confusione fictio versatur:veluti,cum plures numero personæ ciuili cōmēto vna eadémq; persona esse finguntur: id est, pro vna eadémque numerantur. quod duobus exemplis demonstrabimus. prius est cùm dicimus, patris & filij vnam personam esse.l.vlt.C.de instit. & alijs substit.vnde illud vulgatum,vox patris vox filij.§.4,Instit.de inutil. stipul. quod idem in domino & seruo dici potest.l.1, & pass. D.de stipul. seru.§.2, Instit.eod.Quinetiā personæ omnes quæ in eadem familia sunt, pro vna numerantur. solus enim paterfa.qui familiæ Princeps est, personam habere dicitur.l.siquis,56,§.1,D.de fideius.l.si Pāphilo,10, D.de opt. leg. vbi filij & serui quandiu in patrisfa.potestate sunt,personam habere negātur.sed vt primùm per emancipationem aut mortem aut manumissionem sui iuris effecti sunt, cōfestim singuli suam quique personam habere incipiunt:ciuilem scilicet, hoc est in qua ius dominiúmque aliquod versetur. naturalem enim iam ante habebant.quoniam homines omnes iure naturali vno & communi nomine Homines appellabātur.l.4, D.de iustit.& iur. Illa autem fictio ad vitæ communis vtilitatem accommodata est, vt quoniam qui in alterius potestate sunt, nihil proprium habere possunt, quæ filij filiæque familias agerent,gererent,facerent, quæquidem ad patrisfa.commodum pertinere possent, ea ipse paterfa. agere,gerere, facere videretur.§.1,& §.2, Inst.per quas person. nob. acquir.l. acquiruntur, 10, D.de

acquir.rer.domin. nam cùm is ſolus familiæ caput ſit, & in ea dominium ac principatum obtineat, commoda familiæ domúſque omnia, repentè ad illum vnum redeunt.l.pronuntiatio,195,§.1,D.de verbor.ſignif. aliorum autem opera & miniſterio tantùm vtitur. quandoquidem nec filijfa.nec ſerui perſonam in qua dominium conſiſtat habere intelliguntur.l. debitor, 82,§.vlt. D.de legat.2. & ob id quicquid acquirunt tacito iuris intellectu ipſo momento patrifa.acquirunt.l.1, D.ſi à parent. quis man.l.placet,79.D.de acquir.hered.Sed iam ad alterum exemplum accedendum eſt: quod ex cõfuſione perſonarum creditoris & debitoris ſumemus, cum creditor debitori, vel hic illi heres exiſtat.quo caſu ex duabus perſonis vna quodammodo cõflari creditur.qua de cauſſa ipſo iure obligatio extinguitur:ne vnus idémque ſibi creditor & debitor ſit:quod nec naturalis, nec ciuilis ratio patitur.l.ſi debitori,7, C.de pact. l. ſi id quod, 21, D.de liber.leg.l.ſtichum,95,§. aditio,D. de ſolut. Ac fictionum quidem earum exẽpla, quæ in perſonis verſantur, ſatis multa commemorauimus. Nunc de rebus videamus. Neque enim rarò accidit, vt quæ res in rerum natura ſunt, peremptæ eſſe, viciſsímque quæ extinctæ ſunt ſaluæ eſſe fingantur. Poſterioris generis exemplo ſunt eæ res quæ vtendo conſumuntur, quarum vſus ſine interitu eſt nullus.veluti pecunię,quę aſsidua permutatione extingui quodammodo dicitur, §. 2, Inſt. de vſufruct.& tamen contra naturam rerum contráque veritatem tum eius, tum aliarum ſimilium rerum vſusfructus conſtitui fingitur. qui propterea

ea quasi vsusfructus appellatur.l.2, D.de vsuf. car. rer. Prioris exemplo sunt, res quæ publicatæ aut consecratæ sunt.l.verum est,63.§.vlt.D. pro soc.l. si fundum,105, D. de condit.& demonstr.l.4, D. commun.præd.l.Imperator,12.l.cum verò,26, D. de fideic.libert. Pari ratione intexta vesti alienæ purpura extincta esse dicitur: ac proinde vindicari non posse.§.si tamen,19. De rer.diuis.item accessiones quædam ferruminatione coniunctæ per maioris partis vnitatem consumi finguntur. l. in rem,23,§.4,D.de rei vindic.Sed memorabilis præsertim fictio est in rebus,quæ solo intellectu constantes personæ alicuius vicem sustinere intelliguntur.veluti, cùm hereditas iacens,municipium, decuria, societas personæ vice fungi dicuntur. l. mortuò,22, D. de fideiuss.cum eadem hereditas heredis vicem sustinere dicitur. l. non minus, 31, D.de hered.instit.§.4,Inst.eo. §.1,De stipul.seru. & domini esse loco: quinetiam interdum dominus appellatur,interdum domina.l.liber, 13,D. ad leg. Aquil.l.si ante, 15.D.de interrog.in iur.l.1,§.1, D.si quis test.lib.d.l.non minus, 31, D. de hered. instit. quod idem ad futuri heredis vtilitatem accommodatum est:ne quæ ad defunctum,si tandiu vixisset, pertinuissent, hereditati pereant. veluti prædiorum fructus, ancillarum partus, pecorum fœtus,seruorum operæ: quæ omnia propter illam fictionem iacenti hereditati acquirũtur.&, siquid seruus hereditarius stipulatus fuerit,aut per traditionẽ acceperit, quoniã ex persona defuncti vires sumit.l.in eo,33.§.vlt.& l.seq.D.de acquir.rer. do. l.1,l.seruus,35.D.de stip.seru.adeo vt iniuria funeri

testatoris ante aditionẽ facta heredi facta esse dicatur.l.1,§.4,D.de iniur.Porrò in TEMPORE versari fictionem dicimus, cùm posterum tempus in preteritum retroducitur.Cuius rei exemplũ est in Retrotractione.velut in ratihabitione, quæ vulgò dicitur mandato comparari. propterea quòd approbatio post gestum negotium subsecuta illud præcedere fingitur.l. vlt. C.ad Macedon.l. si fundus,16,D.de pignorib.l.vlt. D.de bon.poss.& pari ratione Imp.constituit,vt donationes,quæ propter coniugiũ infirmæ essent,morte tamẽ donatoris aut donatricis ita cõfirmarentur, vt cõfirmatio in preteritum tẽpus valeret.l.donationes,25. C.de donat.int.vir.Eiusdem fictionis,alterũ extat exẽplum in eo quod quãdocunque hereditas aditur, statim à morte testatoris adita esse intelligitur. l. 138.l.193.& l.seq.D.de reg.iur. vt scilicet quæcunque interea hereditati quæsita sunt, quasi defuncto quæsita,heredi attribuantur.l.1,§.4, D. de iniur.& propter hãc fictionem Cassius contra Proculum disputabat, seruum hereditarium heredi futuro stipulari posse:quasi seruus ille non extraneus sit, sed iam tum ipsius futuri heredis proprius:propterea quod heres statim à morte testatoris successisse fingitur.l.heres,54.D.de acq. hered.quin ne vllum quidem temporis interuallum inter patris mortem & filij successionem intercedere fingitur.l.si post,68.D. de legat.1. argumentóque esse,quòd heredis familia ex mortis tempore funesta esse facta intelligitur.l.si ex re, 28,§.vlt. D.de stip. seru. Tertium exemplum extat in lege Cornelia de captiuis, vt apud hostes mortuus ipso capti-

captiuitatis momento mortuus fingatur. l. lege Cornelia,12,D.de testam. item in pluribus caussis in quibus quæ temporis ordine posteriora sunt, iuris intellectu sunt priora. veluti, fideiussio principalem obligationem præcedens tamen iuris intellectu posterior habetur. qua de caussa semper principalis obligationis sequela & accessio appellatur.l.5.§.item fideiussori, D.de instit.act.l.si duo 93.D. de solut.l.si seruum,91,§.nunc videamus, de verb.oblig.sic substitutio ante institutionem fieri posse dicitur,Si filius heres non erit, Titius heres esto. Filius heres esto. sed tamen cùm substitutio ex institutione vires capiat:l.quod per manus, 10, D.de iur.codicill. quæ scripturę ordine prior est, iuris intellectu posterior est. quod ipsum ex contrario reciprocatur.l.2,§.3,D.de vulg.substit. Eodem præterea pertinet,quod vulgo dicitur, conditionem existentem retrotrahi ad tempus cõtractus.l.potior,11,§.1,D.qui pot. in pign.hab.

Deinceps de fictione quę in LOCO versatur,videamus.cuius exemplum est in fictione postliminij.cùm is qui ab hostibus reuersus est,nunquam ex ciuitate exisse,sed semper in ea permansisse fingitur.l.in bello,12,D.de captiu.itẽ in eo qui quanuis pręsens sit,tamen si quid agatur,ignoret, abesse censetur. l.non multum, 14,D. de auctor. tut. itaque furiosus quanquam certo in loco præsens sit, absentis tamen loco haberi dicitur.l.2, §. pen. D.de codicil.sic qui ab hostibus captus est,tamen pręsens esse, neque à ciuitate abesse intelligitur. l. absentem,199.D.de verb.signifi.ac pari ratione in legato eorum quæ certo in loco sunt, nec quod

casu abest, non continetur: neque quod casu ibi est, continetur. l. si ita, 86. l. si fundus, 44. l. qui saltum, 67. l. cui quæ, 84, l. quæsitum, 78. §. vlt. D. de legat. 3. l. Sciæ, 20, §. Pamphilæ, D. de instruct. vel instr. leg. Eodem illa fictio pertinet, quæ in Suorum successione versatur, cùm vno ex duobus filiis demortuo nepotes ex eo in ipsius locũ succedentes, atque hoc modo sui ius adipiscentes, primo gradu numerantur: hoc est pari cum altero filio superstite, suo patruo: qua de caussa fictio hęc peperit diuisionem in stirpes. l. 1, §. si filius, D. de suis & legit. l. 2, l. 3, l. 4, C. eod. l. Gallus, 29, §. & bene, & §. videndum, De lib. & postum. §. cum filius, Inst. de hered. ab intest.

Reliquum est, vt de ACTIBVS fictitiis videamus: quo in genere primum locum obtinent, qui dicuntur Imaginarij. l. contractus, 54. D. de oblig. & act. veluti cum in adoptionibus & emãcipationibus & testamentis emptor imaginarius adhibebatur, teste Caio lib. Inst. 1. & Imp. in l. 1, §. diui, De quæstion. l. vlt. C. ill. tit. l. vlt. C. de adopt. §. 1, De testament. aut dicis caussa, id est expediendæ rei gratia in venditionibus simulatis numus vnus pro pretio dabatur. l. 4, D. cõmod. l. l. si vsufr. 66. D. de iur. dot. l. si quis, 10, D. de acq. poss. l. si quis, 46. D. locat. l. vlt. C. de don. Liuius lib. XI: C. Marius accusatus est apud Tribunos pl. quòd exercitũ in Gallia deseruisset, damnatúsque sub furca diu virgis cæsus est, & H-S numo veniit. Extat etiam aliud exemplum de seruis, qui suis numis ab emptore apposito emebantur. l. 4, D. de manumiss. Alterum harum fictionum exemplum suppeditat

Tra-

Traditio imaginaria, de qua in caufsis facti & iuris fuperius diximus: cùm per clauium aut inftrumenti traditionem fit, aut per vini deguftationẽ, aut rei grauioris demonftrationem. Eiufdem prętere a generis eft acceptilatio, quæ fictitia folutio dici poteft. l. fi acceptilatum, 19. §. 1, D. de accepti. Ac ne illa quidem prætermittenda fictio eft, de qua Vlp. loquitur in l. 3, §. fed fi, D. de donat. int. vir. cùm creditor debitorem alteri iubens diffoluere, accipere ipfemet & illi confeftim tradere momento ipfo videtur. qua celeritate coniungendorum inter fe actuum vnus ipforum occultatur.

An, vt quod ab initio ftatum non cepit, recipere poftea non poteft, ita quod femel ftatum cepit, amittere illum non poffit.

QVAESTIO XXXIX.

HVIVS queftionis prior quidem pars, expedita eft: vt quod ab initio vitiofum fuit, ex poftfacto conualefcere nõ pofsit. l. quod initio, 29, D. de reg. iur. quoniam ciuiles actus ex prȩfenti tempore ftatum capere oportet, non ex incerto & fortuito futuri temporis euentu pendere. l. continuus, 137, §. cùm quis, D. de verb. obl. Itaque certa illius exempla paffim extant, nõ modò in teftamentis, quorum cauffa primùm à Catone fententia illa concepta eft: l. 1, D. de reg. Cat.

verùm in aliis omnibus. Quapropter de teſtaméto quidem in genere & infinitè exemplum extat in l.omnia,201,D.de reg.iur.& l.ſi filiusfamil.19, D.de teſtament.de inſtitutione verò, in l.ſi filius, 7,D.de lib.& poſt.& ∮.1,De exher.lib.l. ſi alienũ, 49,D.de her.inſt.Item de legato in l.1, D. de reg. Cat.l. cetera,41, ∮.1,D. de leg.1.l.3, D. de his quæ pro non ſcript.& de legato libertatis in l. Seruius, 35,& l.verum eſt,58, 2.de manumiſſ. teſtam. Sed præter teſtamenti partes, & planè extra cauſſam teſtamentariam,exemplum de ſtipulatione extat in l.inter ſtipulantem,83,∮.Stichum, & l.inſulam, 124,D.de verb.oblig.Item de pacto in l.ſi tibi decem,17,∮.ſi pactus,D.de pact.Item de tutoris auctoritate,in l.obligari,9, ∮.tutor, D. de auct. tut. Item de actione quod iuſſu, in l.2, ∮. vlt.D.quod iuſſ.& de in rem verſo,in l.ſi pro parte,10,∮. idem quærit,D.de in rem verſ. & de pignoribus, in l.ſi Titio,22,D.de pign. Cùm autem conditionalia ſtatum ex pręſenti tempore non capiant,conſentaneum eſt, in illis huic regulæ locum non eſſe. Velut in legatis,l.pen.D. de reg. Cat.Itémque in ſtipulationibus, l. ſi rem meam, 31, & l.exiſtimo, 98.D.de verborum obligat. Atque hęc quidem de priore parte hactenus. Poſterior autem quęſtionis pars aliquanto perplexior eſt:An quod ſemel ſtatum cepit, ſi in eum caſum vnde incipere non poterat,inciderit, vitietur. Multis enim caſibus accidere vt non vitietur, Vlpian. ſcribit in l. in ambiguis,85,D.de reg.iur. cuius rei exemplum primùm in nuptiis oſtendemus. nam etſi adoptiuus filius eam quę patris adoptiui vxor fuit accipere

cipere vxorem non possit, quoniam nouercę loco ei fuit: l. adoptiuus, 14, D. de rit. nupt. tamen si is qui mulierem à Titio repudiatam duxerat, ab eodem postmodum arrogetur, nuptię non vitiantur. l. siqua mihi, 12. eod. Item quanuis furor sponsalia & nuptias impediat, in quibus consensus requiritur: tamen post sponsalia nuptiásve contractas superueniens, neutrum illorum vitiat. l. furor, 8, D. de sponsal. l. oratione, 16, §. vlt. D. de rit. nupt. l. patre furioso, 8, D. qui sunt sui vel al. id quod ad libertam patroni cōcubinam postea productum est, vt quanuis liberta discedere à patrono furioso possit, nec ei concubina esse cogatur, tamen si post concubinatum furor superueniat, manere in concubinatu cogitur. l. in eo, 45, §. deinde, D. de rit. nupt. l. 2, D. de concub. Secundum exemplum in possessione sumendum est. Quanuis enim mala fides ab initio possessionis vsucapionem impediat, tamē eadem postea superueniens, possessionem non vitiat, nec impedit vsucapionem procedere. l. si is qui, 15, §. pen. l. iusto, 44, §. etsi, D. de vsurp. l. bonæ fidei, 48, §. 1, D. de acq. rer. domin. Idémque in quasi possessione seruitutis vsuuenit. Quanuis enim prætor interdictum de itinere actúque priuato non det, nisi ei qui hoc anno non vitiosè, hoc est, nec vi, nec clàm, nec precariò vsus est, tamen si post annum vitiosè vti cœperat, nihilominus interdictum habebit. l. 1, §. vlt. & l. seq. D. de itin. actúque pr. Tertium exemplum est sumendum ex testamentis. Quanuis enim neque furiosus, neque prodigus facere testamentum possit, ta-

men furor aut interdictio bonorum post testamentum factum superueniens illud non vitiat. l. filius,16,l.is cui,18,D.de testam. Quartum erit in stipulationibus. nam etsi seruitus acquiri per partes non potest,cùm indiuidua sit:l.2, §.ex his, D. de verb. obl. tamen si Titius viam ad suum fundum sit stipulatus, deinde pluribus relictis heredibus decesserit, singuli heredes ipsius separatim agere ex stipulatu poterunt, cùm tamen si plures ab initio stipulati seruitutem fuissent, vnus ad cõstituendam seruitutem agere non potuisset.l.pluribus,140,§.2,D.de verb. obl. Sic de promissione iudicio sisti exemplum est in l.sciendum,15,§. vlt. D.qui sat. cog. Quintum exemplum est in actionibus: Quanuis enim prætor ex defuncti delicto actionem non det in heredem, nisi quatenus ad eum peruenit: l.quod diximus,& ll.seqq.D.de eo quòd met.causs.l.5,D.de calumniat.tamen etiamsi id quod peruenerit non duret, sed apud heredem esse desierit, actionem nihilominus concedit, etiamsi momento tantùm apud eum fuerit. l. cùm pretor,127,D.de reg.iur. Atque hęc quidem exempla sunt eorum casuum, quibus vitiũ superueniens rem bene constitutam non corrũpit. Sed neq; vsquequaque id verum est, neque in vllius eiusmodi regulę definitione Iurisconsulti consenserunt. Nam in quæstione, An legatum vtile sit, cùm debitor creditori quod in diem debebat, legauit, si viuo testatore dies venerit, Papinianus quidem affirmare videtur esse vtile:in §.siquis debitori,13,de lega.& l.verbis,5.D.ad leg.Falc.Paulus autẽ negare idem videtur,in l. debitor, 82. D.

de leg.

de leg.2. Rursus in quæstione de seruitute, vulgata regula repudiatur à Paulo, Modestino & Marcello in l.si sub vno,136.§.1,& l.pen.§.vlt.D.de verb.ob. l.vt pomum,8,§.1,& l.pro parte,11, D.de seruit. probari autem videtur ab eodem Paulo in l.pluribus,140,§.1,& l.2,§.ex his igitur, D.de verb.obl. Nam Paulus in d.l.pen.tres proponit casus, quibus stipulatio non corrumpitur: quorum primus est, cùm is qui viam stipulatus est, duos heredes reliquit.secundus, cùm is qui dum solus fundi dominus erat, viam stipulatus est, sed postea partem eius fundi alienauit.tertius est, cùm idem fundi seruientis partem acquisiuit. De primo casu dubitari non potest, propter.l.heredes,25,§.an ea, D.fam. erc.l.viæ,17, D.de seruit.vbi si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt. Ex quo consequitur, stipulationem viæ in casum duorum eiusdem fundi dominorum deductam non corrumpi, siue extingui. Vtroque enim verbo promiscuè Paulus & Modestinus vtuntur. Quantùm ad casus insequentes pertinet, vbi de sociis agitur qui pro parte vel acquirunt, vel alienãt: illud cõstat, Rem indiuiduam pro parte acquiri non posse.d.l.viæ,17, D.de seruit. Quare vnus ex sociis fundi communis neque acquirere, neque imponere seruitutem potest.l. per partes,11,D.de seruit.l.pen.§.2, De verb.obl. l.si vnus,19,de seru.rust.l.vnus,34, eod. Nunc de alienata parte videamus. Nam si is qui ad suũ fundum viam stipulatus est, totum fundum alienet, Catonis regula seruatur: vt stipulatio euanescat. quoniam neque sine prædio acquirere seruitutem

potuiſſet,neque emptor ex alterius ſtipulatu agere.l.exiſtimo, 98,D.de verb.oblig. Sed ſi partem duntaxat alienet, hoc caſu adhibenda diſtinctio eſt.Nam ſi ſeruitus nondum conſtituta,ceſſa,quæſita eſt,ſed tantùm ex ſtipulatione debetur, quoniam acquiri ſeruitus pro parte non poteſt, parte prædij alienata ſtipulatio euaneſcit.l.pro parte,11, D.de ſeruit.l.ſi ſub vna,136,§.2, D.de verb.oblig. ſi verò iam acquiſita & conſtituta eſt, alienatione partis fundi non extinguitur: quoniam pro parte retineri poteſt.l.pen.§.1,D.de verb.obl. Diuerſitatis cauſſa hæc eſt:quoniam ea demum ſuperueniente vitio corrumpuntur, quæ propter illud vitium explicari,hoc eſt,exitum & effectum ſortiri. non poſſunt.velut in illa prædij alienatione.nam qui alienato prædio ſeruitutem ſtipulatur, cùm acquiri ſeruitus ſine prædio non poſsit, nihil agit. l.1,§.ideo, D.commun.præd.At retentio ſeruitutis pro parte prædij ſortiri effectum poteſt.quoniam ipſo iure etiam ſine vſu retineri poteſt:ſicuti poſſeſsio rerum corporalium ſolo animo retinetur.l.generaliter,9,D.de acq.poſſ.Hæc eadem ſententia probatur in exemplo l.5, D.de bon.damn. vbi deportatio non diſſoluit matrimonium : fauore certè ſingulari, cùm deportatus ciuitatem amittat:matrimonium autem non niſi inter ciues conſiſtat. At eandem illam ſententiam Vlp.repudiat in l.ſi à me,11,D.de iudic.l.huic ſcripturæ,15, & l.ſeq.D.ad l.Aquil.§.2, de inut.ſtip.Paulus l.inter ſtipulantem,83, l.25,qui,51,de verb.obl.Marcianus in l.quia in eum,16, D.ad leg.Aquil. Deinceps quæ priori ſententiæ obiiciantur,vidēda ſunt.

Primùm

Primùm obiicitur l.cùm vir, 42, D.de vsur.& l. pen.D.de fund.dot.Sed intelligendum est, venditionis duo esse extrema: vnum in obligatione vendentis, alterum in acquisitione emptoris. nam alienæ rei venditionem ex parte venditoris valere, propter ipsius obligationem, constat.l.rem alienam, D.de cont.empt.Quare cùm illo extremo venditio niteretur, & statum cepisset: nihil ei hæc aduersatur regula: quæ de iis est, quæ statum omnino non ceperunt. Secundò obiicitur l.stichum, 95, §.aditio, D.de solut.vbi ciuilis obligatio quæ ab initio inanis erat, ex postfacto confirmatur: vt in herede fiduciario, qui postea fideicommissario successit: itémque in muliere quę eius pro quo intercesserat heres fuit. Sed vtraque obligatio constituta fuerat ab initio, statúmque certum & stabilem ceperat: tantùm propter exceptionem effectũ non habebat. quæ exceptio postquam aditionis iure sublata est, non conualescit obligatio quæ ab initio fuerat inutilis: sed quæ vtilis fuerat, sublato impedimento vim suam exerit. Postremò obiicitur l.4, D.de rit.nupt.vbi minor annis duodecim nupta, tunc legitima vxor futura dicitur, cùm apud virum explesset XII annos. Sed ex verbo *Explesset* satis significari arbitror minorem annis XII dici à Pomponio, quæ duodecimum quidem annum ingressa, non autem egressa fuerat. quod in pubertate requiri satis constat ex §. 1, Quibus mod. pact. pot. Denique errorem fuisse necesse est, vt in l.pen.§.vlt. D.quod fals.tut. & l.cùm hic status, 32, §.siquis, 20, D.de don.int. vir.& matrimonij fauorem tantum esse, vt pro-

pter exigui temporis defectum non rescinderetur:siue iam annum XII attigisset, siue non attigisset:sed parum admodum ab eo abesset.nam error in multo minore esse non potuisset.Singulare igitur hoc fuit in matrimonio,propter eius fauorem & perexigui temporis interuallum. Eiúsque rei exemplum est in l.Proculus,67,D.de iur.dot.vbi liber ancillam quam liberam putabat vxorem duxerat, dotémque acceperat:& statuitur, si ea manumissa fuerit,dotem quidem ex post facto confirmari non posse:matrimonium autem ex manumissionis tempore initium sumpturum.Itaque nihil aduersatur l.eos qui, 65, D.de rit.nupt.quam Gordianus citat in l.etsi,6, C.de nupt.vbi matrimonium contractum in prouincia ab eo qui officium gerebat,si deposito officio in eadem voluntate perseuerarit,iustum efficitur.non enim retro iustum effici dicitur, sed ab eo demum tempore quo depositum officium est.qua de caussa liberi antè nati legitimi non sunt,sed ij dūtaxat qui postea nascuntur.Multo minus aduersatur quod dici solet, cùm alieni numi crediti sunt, si cōsumantur, condictionem nasci.l.nam etsi,13,D.si cert.pet.nō enim mutuum quod ab initio non valuit, confirmatur:sed ex facto consumptionis condictio nascitur.l.non omnis,19,§.1,D.eod.

An

An fœneratio in bene morata ciuitate toleranda sit.

QVAESTIO XL.

PERPLEXA hæc quæstio est. Nam vt tolerāda esse videatur, disputari sic potest: primùm: Quemadmodum æquitati naturali consentaneum est, pro ceteris rebus omnib. vtendis datis mercedem pacisci: ita pro pecunia vtenda data mercede pacisci non iniquum videtur. Similitérque ex cōtrario, si naturalis æquitas postulat, vt gratis pecunia vtenda daretur: etiam ceterarum rerum omnium vsus gratuitò concedēdus esset, ac proinde locatio & conductio ex cōmuni vita tollenda, quod esse absurdissimum inter sanos omnes constat. Quinetiam Fœneratio quasi locatio quædam pecuniæ videtur esse: vnde Collocare pecuniam fœnori, veteres dicebant, quasi locare: vt in l. vxori, 24. D. de vsufruct. leg. l. si benè, 33. D. h. t. Tullius Offic. 2. Pecuniæ non quærēdæ solùm ratio est, verumetiā collocandæ, quę perpetuos sumptus suppeditet. Plautus in mostellaria: Scelestiorē ego annū locādo argento fœnori Nunquam vllum vidi. Sueton. Augusto: Notauítque aliquos, quòd pecunias leuioribus vsuris mutuati, grauiore fœnore collocassent. Et ex contrario, Conducere nūmos dixit Horatius, Sat. 2. pro, Fœnori accipere.

Omnia conductis coemens obsonia numis.

id est, fœnori acceptis. vnde paulò pòst Fœnus Mercedem appellat

Quinas huic capiti mercedes exsecat. vbi tamen

Exigit legi posset, Quinctiã vt merces locati prædij Reditus vulgò appellatur, l. liberto, 21. D. de an.leg.ita Fœnus quod annuum est, Pecuniæ reditus appellatur.l.Titius,24. D. de præsc. verb. & l. qui quadringenta,88.§.1.D.ad leg. Falc. Sequitur argumentum secundum: Naturæ consentaneum est, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem, & ex alterius incommodo suum augere commodum:l.natura,D.de cond. indeb. Debitor vtens creditoris pecunia, ei commodum illud intercipit:nam creditor suos numos aut mercatura facienda exercuisset, aut eos in prædiorum emptionem collocasset. Quare consentaneum est, debitorem ei damnum illud sarcire, ne ex alterius damno lucrum faciat. Seq.tertium. Quemadmodum æquum est, emptorem, qui re sibi tradita pretium non soluit, eius pecuniæ vsuras præstare,l.Iulianus,13,§.ex vẽdito,D.de act.empt.eodem modo æquum videtur, eundem, cui venditor accepto pretio confestim illud mutuat, aut eum iubet rei pretium in mutui vicem habere, eius pecuniæ vsuras soluere. velut in l.3. §. pen. D.ad Macedon.& l.si ex pretio,6.C. si cert.petat. Quid enim interest, vtrum ab eo qui pecuniam alienam ex caussa venditi, an ab eo, qui ex mutui caussa pecuniam retinet, vsura exigatur? Seq. IV. Quemadmodum ars cauponatrix in bene constituta ciuitate opportuna iudicatur, cùm quidam edulia rure ab agricolis & piscatoribus in vrbem allata coemunt, vt ea postea ciuibus diuẽdant, licet eo commercio quæstui suo consulant: (in quo etiam Platonis auctoritas laudatur, l. 2.
D.de

D.de nund.)ita cùm ὀβολοστατική, fœneratrix, numularia, magnas ad vſum vitæ communis opportunitates habere ſemper iudicata ſit: non immeritò in bene morata ciuitate probanda, & toleranda videtur.l.quod priuilegium, 8,D.depoſ.Ac memorabile eſt, quod Imp. Leo, philoſophus, pietatis & religionis Chriſtianæ ſtudioſiſsimus, & qui concubinatum è repub. Chriſtiana ſuſtulit, ſcribit, patrem ſuum Baſilium Macedonem fœneratione Chriſtianis omnibus interdixiſſe: ſed poſtea ſeſe comperiſſe, humanam vitam arte illa carere non poſſe: trientéſque vſuras permiſit: Nou. 83. Illam autem Baſilij conſtitutionem eſſe non dubito, quæ Leoni falsò inſcripta eſt, apud Harmenop.lib.3.tit.7.vbi iubet pluris fieri à Chriſtianis legem Dei, quæ fœnerationem prohibuit, quàm commoda, quæ ex ea comparari putantur. Quintum argumentum proferri poteſt, quòd leges Impp.Chriſtianorum (veluti, Conſtantini & Iuſtiniani) fœnerationem permittunt. Lex autem eſt rerum humanarum, ac præſertim bonorum ac fortunarum cuiuſque ciuis domina & regina: vt ex Chryſippo Marcianus tradit in l.2, D. de legib. Quare vt ceteræ leges de acquirendis dominijs in quaque ciuitate dominantur: quanuis aliarum ciuitatum leges ſint diſſimillimæ: ita lex de fœnore & mercede aliqua ob vſum pecuniæ præſtanda, præſertim ab Impp. Chriſtianis promulgata, non improbanda videtur. Poſtremum argumentum eſſe poterit, quòd in fœnore per ſe & ſimpliciter conſiderato vitium nullum eſt. quid enim ſi vnciarium ſit? quale olim legib. XII tabul.

permissum fuisse, Tacitus lib.5.testatur:an nō potius debitoris quam creditoris commodo exercebitur? Omne igitur fœnerationis vitium in quantitate ac magnitudine accesſionis, non in ipsa accesſione & incremēto positum videtur: cum (vt s̄. docuimus) corruptisſimis reip. Rom. temporib. vsitatisſima & frequentisſ. vsura esset cētesima: sæpe autem binæ, ternæ, atque quaternæ centesimæ exercebātur: qua ex magnitudine natum esse fœneratorum odium constat: cùm illa fenoris acerbitate, non longo tempore, debitorum inopum fortunas exhaurirent, vt apud Auson. *Si turpia lucra.*

Fœnoris: aut velox inopes vsura trucidat.

Et apud Demosth. Olinth. ι: οἱ δ' ἀνειζόμενοι ῥαδίως ἐπὶ μεγάλοις τόκοις μικρὸν εὐπορήσαντες, χρόνον ὕστερον καὶ τῶν ἀρχαίων ἀφίσαντο. Cùm igitur Iustiniani cōstitutione certus vsuris modus sit impositus: nihil incommodi videtur, fœnerationem in bene morata ciuitate exercere. Neq; verò mouere nos inania quædam argumenta debent, veluti si quis disputaret, iccircò fœnerationem esse damnandam, quòd ex re aliena fructū quærit. nā pecuniæ quidem mutuæ dominium in debitorem translatum esse fatēdum est, neque mutuum contrahi, nisi & dominus sit qui dat, & dominus fiat qui accipit. l. 2, §. 2, & §. pen. l. nam etsi, 15. l. non omnis, 19, §. vlt. D. si cert. pet. sed non si aliena res est, iccircò ex ea fructum percipere extraneo nō licet. Nam & colonus ex fundo alieno fructus percipit, & fructuarius, & vsuarius: atque adeò maritus, si veritatem non fictionem spectemus. l. in reb. 30, C. de iur. dot.

dot. Nihilomagis mouere nos debet, quòd creditor ſine labore, ſine impendio, ſine vlla ſua opera fructum quærit. Nam etſi fœneratio quæſtuoſæ (vt Plin. eleganter dixit) ſegnitiæ materiam præbet, atque ab induſtria homines auocat: non tamẽ ſi quam in rem nullam meam operam & induſtriam confero, iccircò mihi fructum ex ea percipere non licet. Nam & dominus, qui colono, inquilinóve prædium locauit, vel pecora paſcenda partiario dedit, operam nullam cōfert: l. 5. C. de pact. & ſocius, qui ſolam pecuniam contulit, ex negotiatione, quam alter ſolus exercet, iure lucri partem conſequitur. l. ſi non fuer. 29, D. pro ſoc. Minus etiam aduerſatur, quòd Ariſtot. diſputat, contra naturam eſſe, ex numis ſterilib. fructum quærere. εὐλογώτατα, inquit, μισεῖται ἡ ὀβολοστατική, διὰ τὸ ἀπ᾽ αὐτοῦ τοῦ νομίσματος εἶναι τὴν κτῆσιν. Iure optimo, inquit, fœneratio in odio eſt, quoniam ex ipſo numo lucrum quærit. quod ipſius argumẽtum etiam Ambroſius & Chryſoſtomus ſecuti ſunt. Sed non ſi res per ſe ſterilis eſt, iccirco cum opera & induſtria coniuncta excoli, & frugifera, fructuoſáque reddi non poteſt. Non enim fructus omnis naturalis eſt: vt cùm prædiorum fruges, & animalium partus, fructum appellamus: l. 43. D. de euict. Fructus enim quidam ciuiles ſunt, veluti mercedes locationum, operarum, ſeruorum, vecturæ, nauium & iumentorum. l. mercedes, 29. D. de hered. petit. Quinetiam vſura pecuniæ modò reditus, modò fructus appellatur, vt iam aliquoties demonſtratum eſt: alioqui ridiculum eſſet dicere, quia mula ſterilis eſt, iccircò nullum ex

eius locatione percipi fructũ licere: cùm omnium iumentorum vecturæ passim fructus appellentur; vt in l.8,§.1.D. de reb.auct.iud.poss.l.39. De legat. 1. atque adeò etiam nauis vectura fructus dicitur: & vsuræ in eo comparatur, quòd neutra natura prouenit, sed iure percipitur. l. si nauis,62.D.de rei vindic. Neque minus absurdum esset disputare, quia domus domum, aut nauis vecturam non parit, iccircò mercedem ex eius locatione exigi non licere. Nam rectissimè Papin. illo loco scripsit, vsuram non natura prouenire, sed iure percipi. Et Pomponius: Vsura pecuniæ, quam percipimus (inquit) in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia caussa est: id est, ex personæ obligatione nascitur. l.vsuræ,121.D.de verb.signifi. Quod igitur Sterilis aut Fructuosæ pecuniæ nomen in iure nostro vsurpamus: vt in l.debitor,7.l. si bene,33.infrà h.t.l.3,§.vsuris, D.de cont.tut. act. nequaquam ad propriam fructuum vel naturaliũ, vel ciuilium rationem referendum est, sed vt per translationem dictum, accipiendum est: quoniam (vt Festus scribit) Fœnus appellatur, naturalis terræ fœtus. Ob quam caussam & numorum fœtus Fœnus est vocatum: & Fœnebris pecunia, quòd crediti numi alios pariant: & apud Græcos eadem res τόκος dicitur, παρὰ τὸ τίκτειν. His igitur aut similibus argumentis probari videtur posse fœneratio: ac præsertim, vt nonnullis placere video, cum quis mediocrib. fortunis præditus, sed præsenti pecunia fortè instructus, opulentiori multò, sed minus à præsenti pecunia parato pecuniam sub vsuris credit. Verùm his omnibus

non

non obſtantibus, contrariam ſententiam veriorem & probabiliorem eſſe arbitror, iis de cauſſis, quas ſubſcribemus. Nam primum & ſummum argumentum ex auctoritate Scripturæ ſacræ ducitur, Exod. 22. Leuit. 25. Deut. 23. vbi Deus vetat, ne eius ciuitatis ciues, quam ipſe pro ſua ſapientia inſtituerat, ex creditis pecuniis vel fœnus, vel quanuis aliam acceſsionem, ſiue exuperantiam, & additamentum exigant. Nam vtrũque propheta Ezechiel coniungit, Fœnus & Exuperantiam: ſiue, vt quidam conuertunt, Superabundantiam, cap. 18. Ac fœnus quidem ab Hebræis Nezech appellatur: quo verbo morſum ſignificant, quaſi quod debitorũ fortunas arrodat, atque abundat. Additamẽtum autem, Tarbat: vt diſputari poſsit, non eam tantum vſuram damnari, quæ ciuem mordet atque arrodit: hoc eſt, damno afficit, eiúſque bona deminuit: verumetiam omnem ad ſortem acceſsionem, eiúſque incrementum: quo verbo Fœnus nonnunquam à noſtris appellatur: vt in l. 9. D. de alim. & cib. leg. l. 1, §. belliſsimè. D. vt legat. nom. cau. Etſi autem huc referri ſolet illud Chriſti præceptum, Luc. 6. δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες: tamen à multis iam demonſtratum eſt, verba illa ad ſortẽ potius, quàm ad fœnus pertinere: propterea quòd paulò antè dixerat: ἐὰν δανείζητε παρ' ὧν ἐλπίζετε ἀπολαβεῖν: quaſi ἀπελπίζοντες dictũ eſſet, pro ἐλπίζοντες ἀπολαβεῖν. Atq; ita Baſilius locũ illũ in Pſal. 14. diſertè interpretatur. Secundũ argumentum erit, ex veterum ſummorũ legiſlatorum auctoritate, Scripturę ſacrę cõſentanea. Nam Plato quidem lib. de legib. 5. fœneratorem, & ſor-

te & vſuris multat: μὴ δὲ δανείζειν, inquit, ἐπὶ τόκῳ: ὡς ἐξὸν μὴ ἀποδιδόναι τὸ παράπαν τῷ δανεισαμένῳ, μήτε τόκον, μήτε κεφάλαιον. In eandémque ſententiam Ariſtoteles lib. Politic. 1. multa ſcribit, & fœneratorum quæſtum lenonum quæſtui comparat. Et Plutarchus eadem de re libellum ſcripſit, vbi ait: Fœneratores contra naturam de nihilo nihil efficere, & ab iis ex eo quod non eſt, neque vnquam fuit, lucrum captari. Similitérque Seneca lib. de Benef. 7. Quid Fœnus, & Kalendarium, & Vſura, niſi humanæ cupiditatis extra naturã quæſita nomina? Et Cicero in Offic. Catonem Maiorem laudat, quòd fœnerari, & hominem occidere eodem loco haberet. Quinetiam, vt ad ius noſtrũ, hoc eſt, ad Rempublicam R. veniamus: idem Cato in lib. de Re ruſt. ſcribit: Legibus XII tabul. fœneratorem quadrupli damnatum, cùm fures dupli tantùm damnarentur: ex quo, inquit, intelligi poteſt, quanto improbiorem fure fœneratorem exiſtimarint. Neque obſtat, quod Tacitus libro quinto ſcribit, iiſdem XII tab. ſancitum fuiſſe, ne quis fœtus vnciario amplius exerceret. Nam cùm Anciarium fœnus creditori magis propè damnoſum ſit quàm lucroſum, illuſam hac lege fœneratoriam artem eſſe apparet. Tertium argumentum ex intima Iuriſprudentia eruendum eſt, hoc modo: Ei demum quæque res quæſtuoſa eſſe debet, cuius periculo eſt: neque enim antè rem cuique quæſtui eſſe oportet, quàm eius periculo ſit: ait Pomp. in l. is qui, 13. §. 1. D. commod. neque vllum lucri, quęſtus, emolumenti genus, in tota Iuriſprudentia reperietur, quod non indiuiduè cõiunctum

iunctum periculum habeat.l.si non fuerunt,29.in fi.l.si igitur,55.eod.l.secundum naturam,10.D. de reg.iur. At in Mutuo sortis periculum à creditore in debitorem transit: & siue incendio, siue latrocinio,alióve casu fortuito sors perierit, soli debitori perit: creditori semper certa est.l.incendium, 11,C.si cert. pet.l.qui negotia,34.D.mandat.quod non modò propter personalem debitoris obligationem dici potest, verumetiam quia nō raro fœneratori pignoribus,interdum etiam prædiis prędibúsque cauetur. Neque ad rem pertinet, quòd credita pecunia dicitur esse periculo eius qui dedit, & ei demum vsura deberi, cuius periculo sors apud debitorem collocata est, quanuis alterius, aut plurium ea pecunia sit.l. si nauis, 62. D. de rei vind.l.postulante,44.D.ad Tertull. l. si vnus, 67. §.1.D.pro soc.l.idémque,10, §. si mandauero.D. mand.Primùm, quoniam hoc de duobus debitorib.dicitur, quorū prior alteri credidit: cuius posterioris periculo pecunia est. Deinde duplex in pecunia periculum est:vnum corporum, quod ad eum,penes quem pecunia est, pertinet: alterum obligationis,cuius periculum ad dantem pertinet: si fortè propter debitoris inopiam inanis euaderet.l.6.D.de dol. Verùm (vt dixi) nonnunquam fœneratores sibi, aut pignoribus, aut fideiussoribus cauent. Quare iniquum videtur,sortem, quæ debitoris periculo est, creditori quæstuosam esse: ídque eò magis, quia non modò sors creditori semper tuta & extra periculum est, verumetiam certum & exploratum ei lucrum affert: atque ita duplex ex credito commodum ad fœneratorem

redit: nam & pecuniam ſuam tutò & extra periculum collocat, & certum ex ea lucrum adipiſcitur. Vnde quartum argumentum duci poteſt. Repugnant enim, ex ſorte & negotiatione incerta certum lucrum captare. nam vbi periculum eſt, (ait Iuſt.) ibi lucrum collocandum eſt. l.vlt.§.pen.C.de fur. Dixi, Negotiatione: vt eas fœnerationes remoueamus, quæ aduerſus calamitoſos exercentur: quas ferè boni omnes execrantur. Sed vt eorum diſputationem adiuuemus, qui contendunt, nihil eſſe incommodi, ſi ab eo lucrum aliquod ſtipulemur, cui negotiaturo credidimus: quid, ſi infeliciter ei negotiatio ſucceſſerit? an nō iniquum eſt, lucrum ex alieno damno & iactura quærere? vt ait tex. in l.reſcriptum, 12, §. 1.D.de diſt.pig.l.quoties, 16.D.de iur.dot. l. itaq;, 28.D.de dol. Bono & æquo non conuenit, inquit Pomponius, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum: l.6.D.de iur. dot. quod poſterius perſæpe accidit, vt quidquid quæſtus mercator induſtrius fecerit, id totum fœneratori pro vſuris pręſtare debeat. Quintum eſt, quod cùm Mutuum ex eorum contractuum numero ſit, qui officij cauſſa, & ad vtilitatem eius qui accipit, inſtituti ſunt: ſicuti commodatum & precarium: tamen per fœnerationem ad quæſtum & eius qui dedit vtilitatem, contorquetur. Nam mutui natura eſt, vt ſit gratuitum. l. ſi tibi, 17, §. 1, D.de pact. l.rogaſti, 11, §. 1. D. ſi cert. pet. per fœnerationem autem corrumpitur, & quæſtuoſum efficitur. l.grauius. 71. §. vlt. D.de fideiuſ. Nam, vt ſuprà dictum eſt, plerunque ex die

ſtipula-

ſtipulationis vſurę deberi incipiunt, atque adeò certi temporis reprę ſentantur.l.4.§.vlt.& l.qui in futurum,57.D.de pact. Sextũ argumẽtũ eſt, quòd ex aliena re domino inuito fructus quęritur. nam etſi debitor ſtipulanti fœneratori vſuras promittit, ac proinde conſentire videtur: & regulariter in iure noſtro voluntas coacta voluntas cenſetur: vt in l.ſi patre,22.D.de rit. nupt.l. apud Iulianum, 11.D.ad Treb.tamen ſi veritatem ſpectemus,libera & integra voluntas non eſt. l.ſi mulier, 21, §. pen.D.quod. met.cauſſ. Neque dubium eſt,quin debitor gratuitam, quàm fœnebrem pecuniam mallet: ſed rei numariæ difficultate, ſæpe etiam calamitate coactus,vſuras promittit. qui verò non integra voluntate conſentit, inuitus appellatur. l. ſi metus,85. D. de acqu. hered. Septimum argumentum Ariſtoteles ſuppeditat, cùm ait: Fœnus iccircò eſſe omnium acquirẽdi modorũ maximè contra naturam, quod ex ipſo numo, qui permutationis cauſſa inuentus eſt, quæſtũ facit.nam ſatis conſtat, numum venditionis & locationis cauſſa inſtitutum fuiſſe,cuius æſtimatio difficultatibus permutationum ſubueniret, vt ait Paulus, l. 1. D. de contr. empt. Quare cùm per numum cuiuſque rei æſtimatio, tum in venditionibus, tum in locationibus fiat: ſequitur, vt neque venditio, neque locatio in numum cadat: ne idem ſit & merx, & pretium mercedis: & quæ res aliarum rerum omnium æſtimandarum cauſſa inſtituta eſt, ea ipſa, eiuſue vſus æſtimetur: l. ſi ita, 43. D. de fideiuſſ. l. 3. D. de in lit. iur. Octauum argumentum ex Plu-

Plutarcho sumi potest, qui in libello aduersus fœnerationem scripto, ait: Fœnus iccircò contra naturam esse, quia ex eo, quod non est, neq; vnquam fuit, generatur: cùm lege naturę (inquit) ex nihilo nihil gignatur. Et certè ita se res habet, vt cùm pecunia (quemadmodum iam dictum est) permutationis solũmodò caussa instituta sit, vbi nihil permutatur, iniquum sit pecuniam exigere: Fœnerator autem nihil permutat: quoniam solida ei sors redditur. Ita & pro nihilo & ex nihilo quęstũ facit. Deinceps vidẽdũ est, quemadmodũ superioribus argumentis responderi posit. Ergo quantum ad primum attinet, dicendũ est: Pecuniam, similésq; res, quę quantitate constant, iccircò cadere in locationẽ non posse: primùm, quia nulli nisi ad consumendum vsui sunt: l.3.§. vlt.D. commod. Pecunia (inquit Imp.) vsu & asidua permutatione quodammodo extinguitur. §.2. De vsufr. Vinum, frumentum, oleum, nullum sine interitu & consumptione vsum præbere possunt. l. 1. D. de vsufru.ear.rer. Itaque in Mutuo nõ ad idem, sed ad tantundem reddendum obligamur. l. 2. D. si cert. pet. At in locatione idem corpus, eadémque forma reddenda est. l. videamus, 11, §.2. D. locat. Altera caussa est, quia non modò locatę rei tum dominium tum periculum penes locatorem manet, l. 9, §. 1. l. non solet, 39. D. locat. l. in iudicio, 28. C. eod. verumetiam colonus mercedem, si qua calamitas acciderit, non debet. Iniquum est (ait textus) præter damnum seminis amissi etiam mercedem exsoluere. l. ex conducto. §. vbicunque. D. eod. At in mutuo non modò

pecuniæ

pecuniæ dominium & periculum in debitorem transit, verumetiam, si & sortem, & insuper operam suam perdiderit, nihilominus fœneratori & sortem & vsuras debet.l.incendium, 11.C.si cert. pet. Eò accedit, quòd res locatæ non modò mobiles vsu conductoris atteruntur, in quo damnum locatoris manifestum est: verumetiam quædam immobiles: vt prædia vrbana propter sarta tecta, census & tributa, oneri & sumptui domino esse solent:l.ex conducto,15.l.sed addes, 19,§.illud, D. locat.l.7.D.de public.quæ omnia locum in mutuo non habent. Quare, vt veteres locari & conduci numos dixerint, aut fœnus Mercedem Reditumúe appellarint:tamen id vt translatè & venustè, non autem verè, ac propriè dictum, intelligendum est. Nam eodem modo festiua translatione dicebant, Occupare pecuniam, pro Exercere, & fœnori collocare. Cicero pro Flacco: Pecuniam adolescentulo grandi fœnore, fiducia tamen accepta, occupauisti. Et Verrin.3. Pecunias occuparat apud populos. Ex contrario, Vacare pecuniam dicebant, quæ in arca relinquitur, nec in fœnore, aut prædiorum emptionibus, aut mercaturis faciendis occupatur.l.cùm plures, 12.in fi.D.de admin.tut. & Vacuam, quasi vacãtem pecuniam: in l.quintus, 28.D.depos.& l.Titius, 24.D.de præsc.verb.quæ aliis locis Otiosa dicitur: velut in l.qui semisses, 13, §.vlt D.de vsur.§.2, Inst.mandat. Quantum ad secundum argumentum attinet, duplex responsio est: primùm, quod in fœneratione nullum creditoris damnum aut incommodum versatur: quoniam (vt suprà dictum est) fœnus exigitur à credi-

toribus, etiamsi nihil illorum interfuerat, vsu caruisse suæ pecuniæ: & solius lucri captandi, non dãni compensandi caussa institutum est. alioqui compensatoria vsura esset, non fœnus. l. cùm quidam, 17. §. si pupillo. D. h. t. Deinde quod lucrum illud cessans, quod fœneratores sibi interceptum queruntur, & vulgò suum Interesse appellant, incertum fuit: quandoquidem neque mercatura, neque prædiorum comparatio semper feliciter succedit. Quare periniquum esset, incertam lucri spem cum certo ipsius fœnoris lucro commutare. Ad tertium respondendum est: primùm dissimilem esse rationem debitoris ex caussa empti & venditi, & debitoris ex caussa mutui. nam ille plerunque, creditore inuito, pecuniam retinet. qua de caussa, cùm verisimiliter venditoris intersit, vsuræ non ad lucrum, sed ad eius, quod propter moram interest, compensationem conceduntur: l. cùm quidam, 17. §. si pupilli. infrà. h. t. At hic creditore non modò volente, verumetiam (vt fœneratorum institutum fert) cupiente, pecunia ipsius vtitur, in quo non damni compensatio, sed apertum lucrum appetitur. d. l. 4. §. vlt. D. de pact. & quod officij caussa in vita hominum institutum est, ad quæstum conuertitur. contra l. idemque, 10. §. si mandauero. & l. ita vt omnes, 26. §. 1. D. mand. Præterea in huiusmodi conuentionibus cautio adhibenda esset, videndumque ne fraus legi fieret: si fortè venditor hoc prætextu & colore differendæ solutionis vsus esset, vt fœnerationem tegeret, l. 3. §. penult. D. ad Maced. Quartum

&

& quintum argumentum, quæ ab auctoritate ducta sunt, contraria auctoritate refelluntur. Nam vt aliquo tempore fœneratorum ars Romæ probata sit, tamen alio tempore pestifera & propè exitialis iudicata est. Itaque videre licet passim in Liuij, Dionysij, Appiani, & aliorum libris seditiones, ciuiléśque dissensiones quàmplurimas, quæ Rempublicam Romanam, propter fœnerationis incommoda propè funditus euerterunt. Quod verò de cauponatrice dictum est, ita facillimè refellitur. Etsi nundinatio illa cariora ciuibus reddit cibaria, tamen damnum illud, qualecunque sit, cùm eo commodo compensari, quod ex subita rusticorum ad opus suum reuersione comparatur. Ex fœneratione verò nullum, neque reipublicæ, neque priuato cuiquam emolumentum, sed contra & priuatim & publicè detrimentum affertur: idque quotidiana experientia seculis omnibus docuit, in Numulariis qui foro cedunt, vt Plautus loquitur: quæ incommoda non sine multorum calamitate possunt accidere. Quod etiam Imperator Constantinus suo tempore factitatum testatur in l. lex quæ, 22, §. vlt. C. de admin. tut. Pecuniæ ipsius, inquit, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt, fœnerandi vsus vix diuturnus, vix continuus & stabilis est: quo subsecuto, intercidēte sæpe pecunia, ad nihilum patrimonia deducuntur. Leoni verò philosopho Christiano Imperatori, & Constantino, & Iustiniano, nō modo veteris ecclesię summū consensum oppono, ac pręsertim synodum Nicenam, verumetiam Scripturæ

ſacræ auctoritatem: quæ, vt dixi, non modò rodētem & carpentem vſuram, verumetiam omnem ad mutuum acceſsionem, incrementum & additamentum damnat: Exod. 22. & Ezech. 18. quem in locum præclara Theologi cuiuſdam ſententia extat, indignam Deo fieri contumeliam, ſi quis neget, eum ſatis prouidiſſe, quæ ad ciuitatem bene ac beatè conſtituendam pertinerent. neque dici poteſt, conſtare ciuitatem ſine fœneratione nō poſſe, vt non de perfecta Dei ſapientia contumeliosè detrahatur. Quæ cùm ita ſe habeant, concludi poſſe arbitror, eam demum de ſortis incremento conuentionem probandam eſſe, in qua ex creditoris parte duo hæc concurrunt: vt neque quæſtus cauſſa ab illo facta ſit, & eius interſit, vſu ſuæ pecuniæ caruiſſe. ex debitoris autem parte, vt non modò damnum in exercenda pecunia non ſenſerit, verumetiam lucri aliquid per eius pecuniæ occaſionem perceperit. Nam quantum ad ſocietatē attinet, certum eſt, eam ſine lucri & damni communione non conſiſtere. l. ſi vnus, 67. l. ſi nō fuerint, 29. & l. ſeq. D. pro ſoc.

Quæ res facti, aut iuris, aut animi eſſe dicantur, & quænam illarum differentia ſit.

QVAESTIO XLI.

CAVSSAE facti & iuris & animi multum inter ſe diſcrepant, longéque diuerſæ ac diſiunctæ ſunt. Res autē illę variis de cauſſis, & diuerſo reſpectu ſic appellantur. Nam facti dicuntur

dicuntur, quæ naturales sunt, & factum hominis requirunt, neque fictionem vllam admittũt, nullæ autẽ iure ciuili, infirmari possunt l. à bello, 12, §. 12, D. de captiu. l. 8, & l. pen. D. de cap. min. l. 1, §. 2, De acq. poss. Iuris caussæ dicuntur, quę nõ naturaliter, sed iuris intellectu cõstant, & cùm ciuili iure constitutæ sint, eodem iure perimuntur, eiúsque fictionem admittunt. l. 1, §. 2, D. de acquir. possess. d. l. pen. D. de cap. min. Animi autem dicũtur, quæ præter factum animum & affectum facientis requirunt. l. pro herede, 20, D. de acq. hered. Sed quę facti sunt, interdum animum & voluntatem non desiderant: quæ iuris sunt, omnino etiam animi sunt. l. 1, §. 1, l. possessionem, 29, D. de acq. poss. l. pro herede, 20, D. de acq. hered. l. si eum qui, 26, D. de don. int. vir. & vx. vnde intelligitur, ea quæ facti sunt, ad corpus: quæ iuris, ad animum referri. Atque hæc quidem illarum natura & proprietas dici potest: quæ tamen multis modis vtilitatis caussa, hoc est propter vsum fori, ac vitæ communis vtilitatem, multis casibus inflectitur. Cuius rei exempla mox proferemus. Nam prius illud scire oportet, Naturalia iam ea dici, quæ ad ius naturæ referuntur: quod fuisse Iurisconsulti statuunt nondum neque gentium, neque ciuili iure constituto: cum par eadémque hominum omnium conditio erat. l. 2, D. de natal. restit. l. 4, D. de iustit. & iur. l. quod attinet, 32, D. de regul. iur. Qua de caussa omnia hæc indistinctè in quemuis hominem conueniunt, hoc est, etiam in seruum. sic, vt in vnum collata, per alterum impleri nõ possint. veluti, Tenere, ire, agere, soluere, dare, tradere, eligere, e-

mere,vēdere,locare, conducere hereditatem adire, habitare,ali,heredem institui,pacisci.Nam factum serui, non est factum domini, nec factum filijfamilias,factū patris: vt posterius docebimus. l.quod dicitur,130, D. de verb.oblig.§.2,De stip. seru. Hinc Naturaliter ea fieri dicimus, quæ sine vlla iuris ciuilis fictione, formula, & solennitate fiunt, quod Pragmatici dicere solent, Realiter. Veluti,cū naturaliter fieri solutio dicitur, numeranda,tradendáque pecunia numerata, l.solutam, 49, D. de solut.cui opponitur Acceptilatio, quæ tota iuris intellectu constat, tota ciuilis, atque fictitia est.l.pen.D.de solut.item cum cognatio naturalis dicitur,etiā inter seruos, itémque ex adulterio, incestu, stupro.l. eius qui,9,D. ad municip. l.adoptiuus,14,§.1,D.de rit.nupt.l.2,D.vnd.cogn. Ciuilis autem,& fictitia, quæ intellectu constat, quæsita per adoptionem sine iure naturali: vt ait Modestin.in l.4,§.1.D. de gradib. Sic naturaliter clausæ testamenti tabulæ dicuntur,quæ vulgari,& vsitato modo clausæ sunt, non eo, quem senatus certo ritu & formula instituit: apud Paul.lib.sent. 4.tit.6.& naturaliter apertæ,quæ quouis modo apertæ sunt, non quomodo senatus decreuit, vt etiam,qui linum tantum incidisset, aperuisse videretur.l.3,§.aperire, 12.& §.si quis, 14, D.de senat. Silan. Sic Naturalis datio in peculio requiri dicitur,id est,corporalis traditio de manu in manum, non nuda domini voluntas.l.8,D.de pecul.Atque inde Naturalis possesionis nomen,quę,quia possidentis factum requirit, non nisi rerum corporalium,& singularum esse potest.l.3, & l.cum heredes,

des,23,D.de acquir.possess.l.3,§.1, D.de bon.possess. Indidem etiam Naturalis obligationis vocabulum.l.si quod,64,D.de cond. indeb.l.serui,14, D.de obligat. & act. quæ adeò personæ hominis cohæret, vt iure ciuili, puta, per capitis minutionem,non extinguatur.l.2,§.2,& l.eas,8, D.de cap. min.Quapropter S.C.Macedonianum vetare non potuit,quominus filiusfa.ex pecunia mutuo sumpta,naturaliter obligetur,atque adeò post sui iuris adeptionẽ obligatus maneat.l.quia,10, D.ad Macedon. Denique quæ naturalia sunt, & facti esse dicuntur, indistinctè in quemuis hominem conueniunt:hoc est,etiam seruum,& pupillum & infantem. l.1, §.1,& §.3,& §. ceterum,7, & l.possessionem,29,l.quanuis,32,§.2, D.de acquir. possess. l.quod dicitur,130,l.stipulatio,38,§. hæc quoque, D. de verb. obligat. &, quemadmodum superius diximus,quæ facti sunt,ad corpus referuntur:quæ iuris,ad animum.Sed hæ differentiæ, ac definitiones, aliquot exemplis illustrandæ sunt, quorum hoc PRIMVM est:TRADITIO,siue DATIO dicitur esse facti.l.7,§.3,D.de cur.furios.l.quæ heredi,44, D.de condit. & demonstrat. Ergo naturaliter intelligitur,vt de manu in manum fiat corporaliter. auctore Paul.sen.5.ti.de dona.11,§.1. qua de caussa seruo dare iussus,domino dãdo non liberatur.imò heredi scripto dare iussus,seruo heredi scripto,nõ ipsius domino dare debet. quoniã (ait Paulus) ea quæ facti sunt, non transeunt ad dominum.d.l. 44. Ac pari modo seruus, aut filiusfam.electionem sibi stipulatus,ipsemet eligere debet, nec patri aut domino electio permittitur.l.si stipulatus,

76.l.si seruus,141.l.vlt.D.de verb.obligat.l.Stichũ, 95,§.Vsumfructum, D.de solut. SECVNDVM exemplum est in possessione, tametsi duo hæc inter se conferuntur, quandoquidem acquiri possesio ab altero, sine ipsius traditione, non potest. Ergo POSSESIO plurimum facti habere dicitur: quoniam ex quorundam sententia in ea tum acquirẽda, tum retinenda, corporalis detentio requiritur. l.denique,19.D.ex quib.causs.maior.vbi Papinianus apertè disputat, possessionem solo animo non retineri: cum ait, eum qui ab hostibus captus est, amittere possessionem, neque fictioni postliminij locum dari, vt eam animo cõtinuasse intelligatur. ac pari ratione possessio magis est facti, quam iuris: ait l.1,§.apiscimur, D.de acquir.possess.l.stipulatio,38,§.hi qui sunt, D.de verb.obligat.imo magis facti & corporis, quàm animi & iuris: l.possessionem,29, D.de acq.poss.l.si eum, 26, D.de donat.int.vir. Naturaliter igitur intelligenda est, vnde naturaliter acquiri dicitur. l.ea quę,53.D.de acquir.rer.domin.ac proinde non nisi corporalium, & singularum rerum esse potest.l.qui vniuersas, 30.De acquir.possess.l.3,§.1, D.de bon.pos.quia factum possidendi requiritur, qua de caussa hereditas possidere posse negatur.l.1, §.Scæuola.D.si is qui test.lib.non vtiq; tamen apprehendenda possessio est manibus, aut pedibus, & tactu: sed tãtum oculis & aspectu. Sic enim locum illum legẽdum arbitror, non (vt Vulgò scriptus est) ACTV & AFFECTV.l.1,§.pen.D.de acquir.possess. Fictionem præterea possessio non admittit. qua de caussa qui possidet, sibi, non alteri, possidet. adeo vt fructuarius

rius

rius non possidere dicatur.l.acquiruntur,10, §.vlt. D.de acquir.rer.domin.l.vlt. D.de acquir.possess. l.1,§.quod ait.D.quod legat.atq; iccirco nec possessio sua natura per alterum alteri acquiri potest, vt mox dicemus:nec fictione vlla retineri. qua de caussa per captiuitatem interruptapostliminij fictione nō restituitur.d.l.deniq; & l.in bello,12,§. 2. D.de captiu.l. cum heredes, 23,§.1 , D.de acquir.possess.l.si is qui, 15.D.de vsurp.Sed hoc quidem modo,vt antè dixi,subtiliter & verè,proprieque de Traditionis , Dationis,Possessionis natura disputantur. Vtilitatis autem caussa Iurisconsultos coegit, earum naturam interdum inflectere , atque ingenuè fateri, possessionem interdum plurimum iuris habere , & solo animo , ac solo iuris intellectu constare, neque corporis tantum esse,sed etiam iuris,id est,dominij.nam Imp.Cōstanti Nemo ambigit,inquit , possessionis duplicem esse rationem:aliam quæ iure consistit, aliam quæ corpore.l.nemo,10,C.de acq. poss. quod idē traditur in l. possessio quoque, 49. D.eod. l. 1, §. interdictum,13 , D.de vi & vi arm.nam,exempli caussa,possessio creditoris corporale pignus possidentis,naturalis quidem appellatur.l.3, §.vlt.D.ad exhib.ac proinde facti est:sed tamen adeo iuris est & animi,vt rem debitori & locare & precario cōcedere possit.l.cùm & sortis,35.§.vlt. D.de pign. act. Quinetiam possessio quædā dicitur esse iuris, siue animi:hoc est,non facti , & corporis: nempe quæ animo solo retinetur. d.l.1 , §.interdictum, 13. & §.seq.D.de vi & vi arm.l.3.§.saltus,D.de acq. poss.l.4, C.eod.§.quinetiam, Inst.de interdict.&

apud Paul. Sent.5.tit.2.vnde etiam fictionem admittit. Nam vtilitatis caussa contra ipsius naturam receptum est,primùm,vt per alterum acquiri alteri possit.vt Paulus eodē loco scribit:&traditur in l.traditio,20.in fin. D.de acquir.rer.domin.l.1, l.8, C.de acquir.possess.Deinde, vt heres dicatur suam portionem retinere,vbi legatarius totum legatum possidet.l.1,§.3. D.quod legat.tum vt proprietarius per colonum,aut inquilinum possideat. l.24,l.seq.D.de acquir.possess.item per depositarium, & commodatarium.l.17,§.1, D.depos.l.8, D.commod. quid amplius? quanuis regula iuris sit, vt possessio non nisi animo simul & corpore acquiratur, quemadmodum suprà demonstratum est,tamen vtilitatis caussa inductum est, vt & sine animo & sine corpore acquiratur: ignoranti scilicet,& absenti.l.si me, 34.§.vlt.D.de acq.poss.l.nūquam,31,§.si seruus, D.de vsurpat.Simul intelligimus,cur adeptio possessionis dicatur esse facti: Acquisitio vero facti & iuris. Nam in acquirendo tria requiruntur:primum,titulus, hoc est,iusta dominij acquirendi caussa.l.nunquam, 31. D.de acquir.rer.domin.deinde naturalis apprehensio, siue detentio corporalis.l.3, §.1. l.8. D.de acquir. possess.l.3.§.1, De bonor.possess.postremò, animus, & affectus possidendi.d.l. 8.& l.qui iure, 41. D.de acquir.possess.ac pari modo,quanuis Traditio verè,propriéque sit facti,& planè naturalis,& corporaliter fiat, tamen eiusdem vtilitatis caussa interdum ipsius natura inflectitur, vt tota iuris ciuilis sit, & fictione,atque imaginatione constet.Veluti,cum possessio prius naturaliter, & corporaliter

ter alia ex caussa apprehensa, nunc posterioris nouæ caussæ fictione cumulaur, cuius rei exempla passim extant. l. 3, §. vlt. D. de donat. int. vir. & vx. l. licet, 43. §. 1, D. de iur. dot. l. non statim, 8. D. de pecul. l. 9, §. interest. l. si seruus, 21. §. 1, D. de acquir. rer. domin. l. 9, §. D. de Publician. l. 3. §. vl. D. de acquir. possess. l. quædã, 77. D. de rei vindict. l. si rem 62. D. de euict. item cum possessionis caussæ conuentione partium separãtur. veluti, cum inter absentis rei donatorem, & donatarium conuenit, vt eam donator conductam habeat, vel vsumfructum retineat. d. l. quædam, & l. quisquis, 28. D. de donat. item cum instrumẽtum absentis rei, pro ipsius rei donatione traditur. l. 1, C. de donat. aut claues pro frumento in horreo proximo, vel pro vino, in cella proxima. l. 1, §. pen. l. quorundam, D. de acquir. possess. l. clauibus. 74. D. de cõtrah. empt. aut cum vinum traditionis loco degustatur. l. 1, l. 4. D. de peric. & commod. Denique ne quid dissimulem, & publicæ vtilitatis maiorem quàm Triboniani existimationis rationem habeam, non celabo studiosos, cõtrouersum hoc ius inter Proculianos & Sabinianos fuisse: cum illi solo animo in possessione acquirenda contenti essent, hi etiã factum ipsum & corporalem detẽtionem requirerent. l. 3, §. Neratius, D. de acq. hered. neque vlli nugatori auscultandum est, qui hoc inficiari audeat. ac pari ratione videmus Paulum qui lib. 54. ad edictum scripserat, possessionem animo solo amitti, quanuis corpore insistatur: l. 3, §. in amittenda, D. de acq. poss. eũdem lib. 65 scripsisse possessionem non nisi corpore & animo amitti. SECVNDVM exem-

plum est de pacto, & stipulatione. Nam in PACTO factum versari dicitur, in stipulatione, ius.l. 27,§.pactus,D.de pact. atque ob id pacta solo naturali iure niti dicuntur,quia iuris ciuilis auctoritate destituta sunt, nec nisi naturalem obligationem vel pariunt,vel extinguunt,l.5,§.2,l.stichum, 95,§.naturalis, D.de solut.deinde personam non mutant.Nam,quæ personalia sunt, ne heredibus quidem prosunt.l.idem,25,§.1,D.de pact. Neque obstat,quod dicitur, pactum filij patri prodesse.l. 17,§.vlt.& ll.seqq.D.eod.aut pactum defuncti heredi prodesse. l.9, D.de probat.quoniam ex Pedij disciplina magis spectari oportet, quid actum sit, (hoc est,quæ mens paciscentium fuerit) quàm quę persona inter ipsos nominata sit.l.7,§.pactorum, D. de pact.l.3,§.2,D.de lib.leg.quod tamen,quoniam interdum obscurum est, in controuerso iure apud Iurisconsultos mansit:vt apparet ex l.qui in futurum.57. D.de pact. Porrò neque in pacto fictionem admitti,neque illud iure ciuili infirmari, patet ex eo,quod factum à filiofam.etiam ipsi emancipato prodest: factum à seruo, etiam eidem manumisso vtilitatem affert.l.7,§.si antè, D.eod. At ex cõtrario, STIPVLATIO in iure cõsistere, ac tota ciuilis esse dicitur, & per eã ciuiliter acquiri. l.ea quæ,53.D.de acquir.rer.domin. Qua de caussa neque personæ cohęret, & iure ciuili perimitur: quemadmodum in seruorum obligationibus mox docebimus. TERTIVM enim exemplũ ex OBLIGATIONE SERVORVM proferemus: in qua factum versari dicitur: hoc est,naturalis obligationis nexus.l.nec seruus, 41.D.de pecul.quoniam iuris ciuilis

ciuilis auctoritate destituta, ad vetustum illud naturæ ius refertur, quod superius ostendimus: cum omnes homines pari iure, & conditione vtebantur, neque alij serui, alij liberi erant, sed omnes æquabiliter vno, & communi nomine Homines appellabantur. l. 4, D. de iustit. & iur. qua de caussa passim in libris nostris seruus domino, vicissímque dominus seruo, itémque cuiuis extraneo seruus naturaliter obligari dicitur: adeò, vt vel manumisso, vel à manumisso solutum non repetatur. l. si tuo, 38, De solut. l. serui, 14. l. naturales, l. 10, l. obligari, 43, D. de obl. & act. l. vlt. §. vlt. D. ad Velleian. ac ne à domino quidē. l. naturalis, 13, l. si quod dominus, 64. D. de condict. indeb. l. quod seruus, 35, D. de solut. quod idem de filijfam. obligatione dicitur, vt post capitis minutionem nihilominus naturaliter obligatus maneat. l. 2, §. 2, D. de cap. min. Nam in caussis facti, quia naturaliter spectantur, vulgatæ illi fictioni locus non est, qua dicimus, domini & serui, patris & filij, vnam eandémque personam cēseri. l. frater, D. de cond. indeb. & quod patri debetur, filio deberi: vicissímque quod filio debetur, patri deberi. l. si cum filio, 9, D. de compensat. quod pater filio stipulatus est, sibi stipulatum intelligi. l. 39, l. 56, §. 2, l. 130, D. de verb. oblig. l. 2, C. de contr. stipul. Item hominem manumissum, nouum hominem videri. l. seruus, 27, D. de adim. legat. quin potius diuersæ personę, & omnes pari libertatis iure & cōditione censentur. d. l. 64, D. de cond. indeb. At ex cōtrario, liberi hominis, hoc est, ciuis R. obligatio dicitur esse iuris, & in iure cōsistere. l. 1, §. 1, D. de rer. diuis. de-

finitur etiã iuris ciuilis vinculum. §. 1, D. de oblig. l. contractus, 54, D. de obligat. & act. ac proinde personæ mutationem ferre, si ius in alteram personam transierit, potest. namque obligationes à defuncto in heredes fictione, & tacito intellectu transeunt. l. 1, vt act. ab hered. l. ex cõtractibus, 49, D. de obligat. & act. Vnde fictionem admittere intelliguntur: quoniam & obligatio, & persona defuncti, & heredis, vna eadémque cẽsetur. l. cùm à matre, 14, C. de rei vind. postremò iure ciuili huiusmodi obligationes infirmantur: quia per capitis minutionem perimuntur. l. quoties, 14. in fin. D. de nouat. l. si ita, 126, §. 2. D. de verbor. obligat. QVARTVM exemplum est, in seruitute & vsu seruitutis. Nam VSVS SERVITVTIS est facti, seruitus ipsa iuris est. l. 5, D. de verb. obligat. Nam vsus seruitutis est factum ipsum euntis, agentis, aquam ducentis, vtentis fruentis. Neque sine facto eius, qui vtitur, consistere seruitus potest. l. 1, D. quand. dies leg. vsufr. ced. personæ autem adeò cohęret, vt seruus eundi agendi facultatem sibi stipulatus, soli sibi non domino acquirat: solus prohiberi non posit, ne vtatur: nàm dominus ipse prohiberi potest. §. 2, De stipul. seruor. l. stipulatio, 38, §. hi qui sunt, l. quod dicitur, 130. D. de verb. oblig. postremò iure ciuili non infirmatur. Nam etiam post manumissionem perseuerat: vt superius de seruorum obligationibus diximus. Per contrariũ SERVITVS in iure, vt diximus, consistit, qua de caussa per actionem in rem vindicatur. l. 1. &. pass. D. si seruit. vindic. neque personę cohæret, sed vendi, donari, legari, & quouis modo alienari in alterũ

potest

potest. Fictionem autem admittere, vel ex eó intelligi potest, quod si paterfam. se arrogari passus sit, in arrogatorem, seruitutis dominium æquè, vt aliud ius quoduis, transiit. l. si arrogatur, 15. D. de adop. vti tamen seruitute solus arrogatus poterit: quia seruitutis vsus personalis est: vt superius diximus. Quin etiam differentia inter vsum seruitutis, & ipsam seruitutẽ notari aliter potest, nimirum in homine libero. Nã vsus seruitutis personæ cohęret, seruitus ipsa prædio. l. quid aliud, 86. D. de verb. sign. l. si aquæ, 47. De contr. empt. l. qui fundum, 12. D. quemad. seruit. amit. Itaque diuersæ actiones ijs de caussis comparatæ sunt. l. 2, § vlt. D. si seruit. vindic. Illius nomine interdictum possessorium, de itinere actuque priuato, Vti hoc anno, nec vi nec clam, nec precario itinere vsus es. l. 1. D. de itin. actuque priuat. per quod quæritur tãtum, an vsus sit hoc anno: nõ etiam vtrum iure an iniuria? quippe, cùm omnis controuersia in facto consistat, non in iure. Vsus enim seruitutis non est ius, sed possessio, & factum. At seruitutis nomine ciuilis actio confessoria comparata est: AIO mihi ius esse eundi agendi per tuum fundum. l. 2, in fi. D. si seruit. vind. ob eámque rem, quanuis fructuarius vindicare sibi seruitutem itineris non possit, quia ius seruitutis non potest esse, nisi proprietarij, potest tamen agere illo interdicto possessorio: quia potest vti seruitute, quanuis seruitutem non habeat. quippe, cùm vtatur non suo nomine, sed pro alieno iure. l. vsu, 20, & seqq. D. quemadm. seruit. amitt. imò nec proprietarius propter factum fructuarij illo interdicto vti potest, quia factum

personæ cohæret, nec personam egreditur. d.l.2, §.vlt.D.si seruit.vindic. QVINTVM exemplum est in hereditate,& eius aditione.Nam HEREDITAS dicitur in iure consistere.l.1, D. de rer.diuis.At eius ADITIO dicitur esse facti.l. pro herede, 20. l. aditio,45, D.de acquir.hered. qua de caussa factũ heredis requirit,eiúsque personæ ita cohęret,vt siue filiusfam.siue adeò seruus heres institutus,ipsemet adire debeat. Pater enim,& dominus adeundo nihil agit. l.antistius, 62, §.1, D. eod.l. 3, l. qui liberis,8,§.vlt.D.de vulg.substit. l.1, in princip.& §.1,D.si quis omiss.causs.test.qua de caussa si is cui seruus suus substitutus est, seruum suum adire iubeat, testamenti caussam omisisse, & legata ab vtroque relicta debere dicitur. l.cui seruus,25,D.si quis omiss.causs.test. Etsi autẽ facti est hereditatis aditio,tamen pro herede gestio animi,imò magis animi quã facti esse dicitur: quippe quæ animũ & affectionẽ heredis requirit. l. pro herede,20,l.gerit,83,D.de acq.her.l.1, C.de repu.hered.Etenim post aditionem confestim hereditas patri aut domino acquiritur,tamẽ seruus,& filius nũdũ heredis nomẽ retinent, & dicũtur heredes sine re.d.l. 3,De vulg.substi.Fictionẽ prętereа nõ recipit:atq; ideo iussus patris aut domini, qui in aditione filij, seruíve requiritur, præcedere aditionẽ debet.Nã ratihabitio, quæ posterius tempus ad præteritum retrotrahit,non admittitur. l. si quis mihi, 25,§. 3, D.de acquir.hered.l.pen. D.rem rat. hab.Iure autem ciuili non infirmatur: quia etiam post emancipationem, & manumisionem nudum heredis nomen retinent. Per contrarium HEREDITAS,

quia

quia iuris ciuilis eſt. §. 3, De bon.poſſeſſ. primùm etiam ſine vllo rei corpore iuris intellectum habet.l.hereditas,50,De hered.pet.l.hereditatis,119, De verb.ſign.deinde fictionem & perſonæ mutationẽ admittit.l.placet, 79, De acquir.hered. poſtremò iure ciuili infirmatur, quia capitis minutione amittitur.l.1,§.capitis, D.ad Tertyll.l. 7,D. de cap.min. SEXTVM exemplum eſt in bonorum poſſeſſione.Nam BONORVM poſſeſsio dicitur eſſe iuris,& ſine vlla corporali detentione conſiſtere.qua de cauſſa vniuerſitatem quæ ſenſibus comprehendi non poteſt, animo & intellectu complectitur.l.3,§.1,D.de bon.poſſeſſ.& d.l.119,l.208, De verb. ſignific. at eius AGNITIO eſt facti. l. 3,§.acquirere,D.de acquir.hered. Itaque perſonæ cohęret,neque ad heredem eius,qui ante agnitionem mortuus eſt,tranſmittitur.l.7,& l.bonorum, 24. D.rem rat.hab.neq; fictionem admittit: quia ratihabitio in ea,poſt tempora petitioni præſtituta,inutiliter adhibetur.d. l. bonorum, & l.vlt. D. quis ord.in bon. poſſeſſ. poſtremò iure ciuili non infirmatur. Nam ſi emancipatus bonorum poſſeſſionem patris petit, quãuis poſtea ſtatum ſuum mutet,tamen id,quod acquiſiuit,retinet.l.vlt.D.ſi tab. teſt. null. Per contrarium verò Bonorum poſſeſſio dicitur eſſe iuris: atque iccirco neq; perſonæ cohæret,quia ſemel agnita ad heredem trãſmittitur, ac proinde fictionẽ admittit.d.l.3,§. acquirere.Iure autẽ pręrorio, à quo introducta eſt, infirmatur,quia per capitis minutionẽ amittitur. l.3,D.vnd.cogn. SEPTIMVM exẽplũ ſumi licebit ex inſtitutione& ſubſtitutione.Nã INSTITVTIO

&ſubſtitutio heredis dicuntur eſſe facti. l. ſed ſi plures, 10. D. de vulg. ſubſtit. quanuis hereditas in iure conſiſtat, vt modò dicebamus. Itaque ſerui etiam heredes inſtituuntur: & quanuis confeſtim domino, cuius iuſſu adierint, acquirant, tamē nudum heredis nomen retinent. d. l. 3, D. eod. Pari etiam ratione ad heredem heredis inſtitutio non tranſmittitur: cum tamen adita hereditas tranſmittatur, l. 3, l. 7, C. de iur. delib. & ratio perſpicua eſt: quoniam inſtitutio in perſonam certam, & certo iudicio confertur. Heres autem heredis incerta perſona eſt. l. ſciendum, 70. D. de verbo. ſignifi. OCTAVVM exemplum ſuppeditat LEGATVM ANNVVM: quod certæ pecuniæ, aut veſtiarij cauſſa, relictum eſt, aut habitationis. Nam hæc omnia facti eſſe dicuntur. l. pen. D. de cap. minut. Naturaliter igitur intelligenda ſunt, vt nihil in iis ius ciuile valeat. Nam cui relinquuntur, ei relinquuntur tanquam homini ſimpliciter, nō tanquam ciui, aut deportato, aut ſeruo vel libero, aut filiofam. aut patrifam. ſed, vt dixi, vt hominis victui & cultui conſulatur. Itaque ſeruis atque adeo in metallum damnatis relinqui ſolēt. l. ſi ſeruus, 16. D. de ann. legat. l. 3, D. de his quæ pro non ſcript. l. is cui, 11. D. de alim. & cib. leg. Certæ igitur perſonæ ſic aſsignantur, vt ei ſoli præſtari debeāt: ſeruo, puta, non domino: filio, non patrifam. l. ſi habitatio, 9. D. quand. dies legat. ced. quia teſtator eam perſonam ſpecialiter intuitus eſſe cenſetur. Quare cùm illa perſona naturaliter ſpectanda ſit, nihil ei capitis minutio nocebit. d. l. pen. De cap. minut. neque enim prioris ſtatus mutatio facit vl-

la ex

la ex parte personam illam deficere. At mors naturalis contingens, quia facit personam deficere, iccircò legatum hoc, quantumuis agnitum, extinguit, neque ad ipsius heredem transire patitur: quia ius non continet, sed factum duntaxat. d.l. pen. & l.in singulos, 8. D. de ann. legat. Atque hoc nimirum est, quod de hoc legatorum genere Papinianus scribit, persona deficiente, caussam præstandi legati annui videri extinctam.l.firmio, 26.in fine.D.quand.dies leg.ced. Per contrarium autem, legata, quibus ius continetur, semel agnita, legatarij morte non extinguuntur: quia non specialiter, & abscisè personam ipsius testator spectauit: sed dominium ad ipsum & ipsius heredes trãsire voluit.l.1, §.in nouissimo, C.de caduc.toll. l.in annalibus, 22.C.de legat. Neque mouet, quod legatarius negatur esse iuris successor, l.9, §.1, D. de edend. §.legatariis, Instit. de test.ordin. Nam hoc dici constat ad differentiam heredis, qui onerum successor est, cum legatarius merum lucrum auferat.l.si hereditate, 32. D. mandat. Itaque alij legatorum capaces dicuntur, alij incapaces. Legata denique capitis minutione perimuntur. l. si cognatis, 19.D. de reb.dub.l.intercedit, 59.D.de cõd. & demonstr.l.liber, 59, §.si heres, D. de hered. instit. NONVM exemplum est, in vsu ædium & habitatione: quæ multum inter se discrepant. Nam HABITATIO facti esse dicitur.l. pen. D. de cap. min. atque iccirco factum ipsum habitandi requirit, & ab eo ipso, cui concessa est, vt per alium habitare non possit l.4, l.8, D. de vsu & habitat. adeo, vt seruo vel filio concessa, domino vel patri non

debeatur.l.ſi habitatio,9.D.quand.dies legat.ced. quoniam,vt de alimētis diximus, intelligitur ſimpliciter, & naturaliter homini conceſſa, non tanquam ciui,aut filio,ſeruo,aut libero:qua de cauſſa neque manumiſsione, neque capitis minutione perimitur:ſed ſola naturali morte, qua homo ille naturaliter extinguitur, neque ad ipſius heredem tranſit.l.ſi habitatio,10.& l.ſeq.D. de vſu & habit. d.l.pen.De capit.minut. Per contrarium VSVS domus in iure conſiſtit.l.1,§.2,De rer.diuiſ. atque à iure ciuili formam habet, æquè, vt aliæ ſeruitutes omnes:ac proinde filio ſeruóve legatus confeſtim ad patrem aut dominum tranſit.l.filio,17.D. de vſu & habit.neque dubium eſt, quin pari ratione ad heredem tranſiret, niſi aliter ſpeciali iure prouiſum eſſet, ne proprietas in perpetuum inutilis maneret.l.3, §. 2, D. de vſufruct. Quapropter eodem ciuili iure infirmatur: veluti capitis minutione.§.1,Inſtit.de vſu & habit.l.1,D.quemadmod. vſusfruct. amitt. DECIMVM exemplum eſt in OPERIS ſeruorum: quæ in actu, hoc eſt, in miniſterio eorum conſiſtere dicuntur.l.1,D. de oper. ſeru. non enim iuris ſunt atque dominij, vt vindicari poſsint, ſed dominus obligatus eſt eas præſtare, atque iccirco perſonali tantùm actione agi cum eo poteſt. Serui autem perſonæ ſic cohærent,vt eo mortuo pereant ſtipulatori. Sed ſi in decem annos ſtipulatæ ſint, ſtipulatore ante id tempus mortuo, obligatio vſque ad id tempus ad ſtipulatoris heredem tranſeat.l. quæſitum, 37. D. de vſufruct.item vt omnes operæ fabriles,quæ pecuniariter æſtimantur. l. 6, l. 9. D.de oper.libert.

Iure autem ciuili, hoc eſt,capitis minutione, non finiuntur.l.2,D.de oper.lib.l.2,D.de vſufruct.leg. Per contrarium,vſus ſerui iuris eſt:vt ſuperius docuimus. In operis tamen officialibus, quas liberti patronis præſtant,alia ratio eſt. Harum enim hoc proprium eſt, vt non niſi tanquam à liberto, nec niſi tanquam patrono præſtentur.l.9, D. de oper. libert. Qua de cauſſa ita perſonales ſunt,vt illius perſonæ ac ſtatus mutationẽ ferre non poſsint: ac proinde ſiue patronus eſſe deſierit,nimirum capitis deminutione media, ſiue libertus minima, earum obligatio extinguitur. l.operæ,9.D. de oper. libert.l.4,l.ſiue patronus,21.D.de iur.patron.l.ſed ſi,10,§.2,D.de in ius vocand.l.libertus,23.l.patroni,39.D.de bon.libert. VNDECIMVM exemplum erit ex venditione,aç proinde etiam ex locatione, conductione,mutuo,eiuſdémque generis contractibus. Nam VENDITIO à Iuliano dicitur eſſe facti magis,quàm iuris,l.7,§.3,D.de curat.fur.Sed huius dicti cauſſam requiro. Accurtius notat facti venditionem eſſe,hoc eſt,tutoriæ adminiſtrationis,non vllius negotij ab adminiſtratione alieni. quod meo iudicio refutationé indignum eſt. Quærebatur enim,an valeret venditio fundi facta legitimè ab vno ex pluribus furioſi curatoribus? Dubitandi cauſſa hæc erat, quia iure antiquo, vbi plures curatores erant, cunctorum conſenſus atque auctoritas requirebatur.l.pe.C.de auct. præſt. Sed Iulianus ait,eatenus venditionem valere,quatenus facti eſt,non iuris: hoc eſt, ſimplex factum eſſe curatoris vendentis, quod ius & dominium rei venditæ pupillo non adimit, nec rem à furioſo

alienat,non magis, quam facta cuiusuis alterius alienæ rei venditio. l.rem alienam, 29. D. de contrah.empt. vbi cum Vlp.ait venditionem rei alienæ esse quidem venditionem, sed rem emptori non auferri: hoc ipsum, quod modò diximus, significat: eiusmodi nempe venditionem, non esse alienationem: quia magis facti est, quam iuris. Possesionem igitur & vsucapiendi caussam præbere, dominium non transferre.l. Iulianus, 17, in fin. D. de rei vindic. DVODECIMVM exemplum in quo modum huic disputationi imponemus, erit SOLVTIO: quam Iulianus eodem illo loco scribit magis esse facti, quam iuris. Sed eadem mente atque sententia, quam modò exposuimus. Nam hoc si simpliciter diceretur, apertè falsum esset: cum inter omnes constet, solutione numorum contineri liberationem, & ciuilem, & naturalem ab obligatione tum naturali, tum ciuili, ídque ipso iure.l.vlt. C. ad exhib. l.vlt. C. de solut.§.1, Quib. mod. oblig. toll. neque ad simplex factum, id est, numorum dinumerationem referri, sed ad debitoris liberationem.l.solutionis, 54.l.pen. D.de solut.§. 2, De except. Sed Iulianus in quęstione superiori simillima, An rectè vni ex pluribus furiosi curatoribus soluatur, respondet, rectè solui: quod idem etiam Vlp.affirmat, in l.quod si fortè, 14, §. siue autem, D. de solut. Verùm Iulianus præter Vlpianũ insuper ascribit, magis ad factum, quàm ad ius, & soluentis liberationem, eam solutionem valere. quomodo? nimirum, vt si alter curator à debitore pecuniam eandem petere instituat, exceptione submoueatur, NISI ea solutio in vtilitatem

tem

tem pupilli cesserit.arg.l. 4. De except. l. 4, §. si quis pupillo, D. de dol. except. l. non omnis, 19, §. vlt. D. si cert. petat. l. quod si, 14. §. vlt. l. pupillo, 15. l. in pupillo, 47. D. de solutionib. Itaque non incommodè dici posse existimarem, acceptilationem vulgarem, in quam obligatio re aut consensu contracta deducta est, non esse iuris, sed facti: quia non ipso iure debitorem liberat, sed per doli, aut pacti exceptionem. l. an inutilis, 8. l. si acceptolatum, 19. D. de acceptil. l. cùm emptor, 5. D. de rescind. vendit. sicuti superius diximus pactum de non petendo facti esse, non iuris. sed Aquiliana acceptilatio, quia re & consensu contractas obligationes in verborum obligationem deducit ac nouat, quoniam ipso iure obligationẽ extinguit, iccircò non dubium est, quin ad iuris caussas referenda sit. l. si ex pluribus, 16, D. de acceptil. l. 4, D. de transact.

Qua ratione pœna in vindicando multitudinis delicto temperanda sit.

QVAESTIO XLII.

HÆc quæstio vulgò à Doctoribus sic effertur, Quomodo vniuersitas ex delicto obligetur. Sed aliud est Vniuersitas, aliud multitudo. nam omnis quidem Vniuersitas est multitudo: veluti populus, curia, collegium, corpus, societas. l. metum, 9, §. animaduertendum, D. quòd met. causs. l. 1, & pass. D. quod cuiusq. vniuersit. At

non omnis multitudo, non omnis cœtus, eſt vniuerſitas:ſed is demum,qui iure aliquo continetur. veluti qui vni imperio vniſque legibus paret. qua de cauſſa M.Tullius in libris de Repub. Populum definit,nō omnem cœtum multitudinis, ſed cœtum iuris conſenſu & vtilitatis communione ſociatum. quippe, cùm Cœtus dici etiam ſoleat de concurſu,ſeditione,turba, & quauis alia multitudine,non iure congregata.l.qui cœtus.5. D. de vi public.l.4, D.de vi priuat. Dupliciter igitur hanc quæſtionem tractabimus: ac priore quidem loco ſummatim de quouis cœtu & multitudine,poſterius autem diſtinctè de ſingulis diſſeremus. In vindicando multitudinis delicto triplex fuiſſe veterum inſtitutum animaduerto. interdum enim ſumptum de vniuerſis ſupplicium video, interdū de ſolis principibus atque auctoribus ſceleris: nonnunquam ad minuendam ſeueritatem ſortem adhibitam fuiſſe. Primi inſtituti exempla hæc extant. Liuius lib.38: Rhegium quondam in præſidium miſſa legio interfectis per ſcelus principibus ciuitatis vrbem opulentam per decem annos tenuit. propter quod facinus tota legio, millia hominum quatuor,in foro Romano ſecuri percuſſi ſunt.quam eandem rem Epit.15.his tradit verbis: Legio Campana, quę Rhegium occupauerat,obſeſſa, deditione facta, ſecuri percuſſa eſt. Iul.Front.Stratag.4:C.Curio Conſul,inquit,bello quodam circa Dyrrachium, cùm ex quinque legionibus vna ſeditione facta militiam detrectaſſet, ſecuturámque ſe temeritatem Ducis in expeditionem aſperam & inſidioſam negaſſet, quatuor

tuor legiones eduxit armatas, & consistere ordinibus detectis armis, velut in acie iussit: posthæc seditiosam legionem inermem procedere, distinctámque in conspectu armati exercitus stramenta coegit secare: postero autem die, similiter fossam discinctos milites facere: nullísque precibus legionis ab eo imperari potuit, ne signa eius summitteret, noménque aboleret: milites autem in supplementum ceterarum legionum distribueret. Sueton. Iulio c.69. Nonam legionem, quanquam adhuc in armis Pompeius esset, totam cum ignominia missam fecit: ægréque post multas & supplices preces, nec nisi exacta de sontibus pœna, restituit. Idem August. c.24: Decimam legionem contumacius parentem cum ignominia totam dimisit. Lamprid. in Alex. Seuer. Sæpe exauctorauit integras legiones hac formula, Quirites discedite, atque arma deponite. Pari ratione Cyziceni, qui seditione facta Romanos ciues interfecerant, itémque Tyrios & Sidonios in seruitutem eiusdem Augusti Imperio subacti sunt: sicuti Dio lib.54, & 57. testatur. sed eius rei exempla non pauca Cæsaris de bell. Gall. commentarij suppeditant. Atque hæ quidem primi, vt dixi, instituti exẽpla sunt, ex innumeris perpauca: quorum æquissima, vt videtur, ratio hæc afferri potest, quæ his iuris regulis continetur: Quod à pluribus pro indiuiso commissum est, singulos in solidum obligat. l. semper, 15, §. 2, D. quod vi aut cl. Quæ pœna delictis imposita est, si plures deliquerint, à singulis in solidum debetur. l. item Mela, 11, §. 2, D. ad legi Aquil. Quod in partes diui-

di non poteſt,ab omnibus quodammodo factum videtur.l.4,D.de verb.obligat. & ſecundum illas iuris regulas, ſi plures fures coniunctis operis tignum aliquod grauius ſuſtulerint, ſinguli in pœnam tenentur.l.vulgaris,21,§.vlt.D. de furt.l. tres tutores,55.D.de admin tut.l.1, C. de cōdict. furt. l.1,§.vlt. D.ſi is qui teſt.lib.l.vlt. D. de ſicar. pari modo ſi cuius familia prætoris album corruperit, dominus pro ſingulis ſeruis ſingulas multas exſoluit.l.ſi familia,9.D.de iuriſd.& ſimiliter ſi plures ſerui iniuriam fecerint, tot iniuriæ numerantur,quot eorum perſonæ fuerint. l.ſi plures,33.D. de iniur. Vna tātum & ſingularis cauſſa excipitur, ex furto & damno iniuria, ex edicto SI familia furt.fecifs. dic.& cauſſa hæc profertur æquiſsima, ne dominus ob ſeruorum nequitiā fortunis euertatur: ne in ſeruorum nequam poteſtate poſitum ſit,dominum vniuerſa ſua familia priuare.l. 1,D.ſi famil.furt.feciſſ.

Venio iam ad ſecundum inſtitutum, vt de ſolis auctoribus,ac principibus ſceleris pœna exigatur. cuius rei exemplum extat inſigne in ſupplicio de Campanis ſumpto, apud Liuium lib.36.Capuam, inquit, à Calibus reditum eſt. ibi in eos qui capita rerum erant animaduerſum.Ita ſeptuaginta Principes Senatus interfecti, trecenti fermè nobiles Campani in carcerem conditi. Et paulò pòſt: Seuerè & celeriter in maximè noxios animaduerſum. Alterum extat de Soranis apud eundem Liuium lib.9. Iam Sora capta erat,cùm Conſules prima luce aduenere, & quos reliquos fortuna ex nocturna cæde ac fuga fecerat, in deditionem accipiunt.

cipiunt. ex his CCXXV, qui omnium consensu destinabantur,& infandæ colonorum cędis & defectionis auctores vinctos Romam deducunt. ceteram multitudinem incolumem præsidio imposito Soræ relinquunt. Omes qui Romam deducti erãt, virgis in foro cæsi ac securi percusi. Tertium extat apud Ciceronem Verrin.3. vbi cum de C. Verris flagitio, cõmemorasset, Lampsacenam ciuitatem domum Verris circunsedisse, sarmenta circundedisse, lictorem ipsius Cornelium in turba interfecisse: ita concludit: Tu si te legatum ita Lampsaci tractatum esse Senatum docuisses, vt tui comites vulnerarentur, lictor occideretur, ipse circunsessus pene intercedere, eius autem rei duces & auctores & principes fuisse, quos scribis Themistagorã & Thessalum, quis non cõmoueretur? Et paulò suprà: Non eos homines qui populum concitarant, Consulum literis euocandos curari oportuit? Quartum proferemus ex Liuij libro 38. Per eosdem dies, inquit, consilium de iis Carthagine erat. (loquitur de seditione militum ad Sucronem exorta:) certabatúrque sententiis, vtrum in auctores tantùm seditionis (erant autem hi numero haud plus quàm quinque & triginta) animaduerteretur, an pluriũ supplicio vindicanda tam fœdi exẽpli defectio, magis, quàm seditio esset: vicit sententia leuior, vt vnde culpa orta esset, ibi pœna consisteret. ad multitudinem castigationem satis esse. vbi verborum castigationem sine dubio intelligit. Similis alter locus de Rhodiorum supplicio lib.45: C. Decimi, inquit, moderatior oratio fuit: qui culpam

non penes populum,ſed penes paucos concitores vulgi eſſe dixit. Cùm magno aſſenſu auditus eſſet, non magis eo, quod multitudinis noxam eleuabat,quàm quod culpam in auctores verterat: decretū igitur extemplo, vt qui pro Perſeo aduerſus Romanos dixiſſe quid aut feciſſe conuincerentur,capitis condēnarentur.Atque hæc quidem de ſecundo inſtituto: cuius non minor æquitas videtur.præſertim ex his iuris regulis:Peccata ſuos teneant auctores, nec vlterius progrediatur metus,quàm reperiatur delictum.l. ſancimus, 22, C. de pœn.Vnuſquiſque ex ſuo admiſſo pœnæ ſubiiciatur, nec alieni criminis ſucceſſor teneatur. l. crimen,26,D.eod. Vnius factum alteri qui nihil fecit non nocet.l.de pupillo,5.§.ſi plurium, D.de nou.op.nunt.Ne alieni admiſsi pœnam luāt quos nulla contingit culpa. l. vlt. D. de bon.damnat. Heredis vnius innocentis delictum innocenti alteri fraudi eſſe non debet.l.vlt.D.de Senat.Sillan. Nullum patris delictum innocenti filio pœnæ eſt.l.2,§. 2,D.de Decurion. Et hanc æquitatem ſecutus D. Ambroſius grauiter & acerbè Theodoſium Imp. increpuit, quod cùm in vrbe Theſſalonica populus ſeditione concitata præfectum eius & alios quoſdam primarios viros interfeciſſet,& ſceleratum quendam à magiſtratibus comprehenſum eripere conatus eſſet, armatas aliquot cohortes in ciuitatem immiſit,tantámque ciuium cædem fieri iuſsit, vt ſeptem hominum millia ea carnificina interiiſſe dicantur. Sed hoc facinus Imperator ab Epiſcopo ſuo reprehenſus modeſtè agnouit, eiuſque veniam poſtulauit. Reſtat tertium

tium institutum, vt è multis sortitione ducantur, qui ceteris pari terrore ac dãnatione affectis soli tamen pœnas luerent. plerunque autem moris fuit, vt decimus quisque sorte ductus supplicio afficeretur: cuius rei apud Romanos testis est Polyb.lib.histor.6. Tacit.lib.3.& 14,& 17. Plutarch. in Crasso, Appian. Ciuil.2. Dio lib.48. interdum mitior erat sortitio. nam Iul. Capitol. in Opilio Macrino scribit eum interdum milites decimasse, interdum etiam cẽtesimasse: ídque verbum familiare illi fuisse. Eius autem consilij æquitatem M. Tullius in Cluentiana luculenter his demonstrat verbis: Statuerunt ita maiores nostri, vt si à multis esset flagitium rei militaris admissum, sortitione in quosdam animaduerteretur, vt metus videlicet ad omnes, pœna ad paucos perueniret. nam miles, qui locum non tenuit, qui hostium impetum vímque pertimuit, potest idem postea & ciuis esse melior, & vir bonus, & ciuis vtilis. quare ne in bello propter hostium metum delinqueret, amplior ei mortis & supplicij metus est à maioribus constitutus. ne autem nimium multi pœnam capitis subirent, iccircò illa sortitio comparata est. Morem igitur illum etiam quædam aliæ fortasse gentes imitatæ sunt. Liuius lib. 2. App. Claudius Consul, inquit, aduocata concione inuectus haud falsò in proditorem exercitum, militaris disciplinæ, desertorum signorum, vbi signa, vbi arma essent, singulos cogitans, inermes milites, signo amisso signiferos, adhoc centuriones duplicariósque qui reliquerant ordines, virgis cæsos securi percusit. cetera multitudo decimus

quisque ad supplicium lecti. His ita constitutis nunc quæstio exoritur, Ecquodnam ex his tribus animaduersionis generibus tenere oporteat. In qua explicanda primum illud ponendum est, quemadmodum multum inter Vniuersitatem & multitudinem interest, ita multum inter se illarum delicta, itemque illarum pœnas discrepare. ac valde repudianda est vulgi opinio, qui putat vniuersitatem nihil aliud esse quàm singulos eius homines vnum in locum coactos. sicuti vniuersitas gregis, armenti, equitij dicitur ex singulis pecudum capitibus. l. quid ergo, 70. D. de vsufruct. nam in vniuersitate, veluti ciuitate, ordine, collegio, ius versatur. in singulis capitibus, factum. qua de caussa vniuersitas magis intellectu constat, quam corporibus & sensu. l. mortuo, 22, D. de fideiuss. vbi municipium, decuria, societas personæ vice fungi dicuntur: sed personæ fictæ & imaginariæ. l. 1, D. de libert. vniuers. quia municipium corpus est incertum: vt ait Vlp. tit. regul. 22. qua de caussa nec consentire posse municipes dicuntur. d. l. 1, D. de libert. vniu. nec posſidere, l. 1, in fin. D. de acq. poss. nec iusiurãdum præstare. l. municipibus, 97. D. de cond. & demonst. l. nec igitur heres instituí, nec hereditatem adire: vt eodem loco Vlpia. scribit, & Plinius apertius lib. epist. 5. epist. 7. directo iure scilicet. nam postea vtilitatis caussa Senatusconsulto prouisum est, vt id liceret, ac per suos Syndicos adirent. l. 2, l. cum senatus, 20, D. de reb. dub. l. 1, D. de lib. vniuers. l. hereditatis, 12, C. de hered. inst. ac proinde etiam iurarent. d. l. municipibus. Municipij ergo & ciuitatis corpus incertum

certum dicitur, quoniam intellectu cõstat. ac singuli ciues & municipes Certi appellantur, quia sensibus percipiuntur. l. cùm senatus, 20, D. de reb. dub. l. ciuitas, 27. D. si cert. petat. eiúsque rei vel vnum illud argumentum sufficiet: quod si ius omnium in vnum recideret, tamen vniuersitatis nomen staret. l. 7, §. vlt. D. quod cuiusq. vniuers. denique Vniuersitas à singulis separatur apertissimè. l. 2, D. eod. & l. 6, §. 1, D. de rer. diuis. d. l. cum senatus, 20. D. de reb. dub. sed præsertim in d. l. 7, §. 1, Quod cuiusq. vbi quod ab vniuersis debetur, deberi à singulis negatur. item in l. 6, §. 2, eod. l. sed si, 10, §. 1, D. de in ius voc. vbi & seruus & libertus vniuersitatis negatur esse seruus & libertus singulorum. itaque ex Decurionum delicto vniuersitas non teneri dicitur: sed ipsi Decuriones. l. sed & ex dolo, 15, D. de dol. mal. ac pari modo ex delicto magistratus non tenetur ordo Decurionum, quamuis ab eo datus sit. l. 1, §. 1, D. de magistr. conuen. Nam vt aliquis ex alterius delicto teneatur, necesse est vt vel mandarit, vel suo nomine commissum ratum habuerit. l. 1, §. quoties, D. de vi & vi arm. Nunc igitur distinctione tripartita vtendum est. nam aut temeritate multitudinis sua sponte & sine magistratuum auctoritate peccatum est, aut à solo magistratu & ordine senatorio, aut coniunctim ab vtrisque. Primo casu, rursus distinguendum est: nam aut non multi delinquentes fuerunt, ac tum regulæ superiori locus est, qua diximus, quod à pluribus pro indiuiso commissum est, singulos in solidum obligare. l. semper, 15, §. 2, D. quod vi aut clam. l. vlt. D. de si-

car.l.item Mela,11,§.2,D.ad leg.Aquil.aut ingens fuit delinquentiũ numerus, quo casu putarem locum esse illi alteri iuris regulæ, vt pœnæ interpretatione potius molliantur, quam exasperentur. l. pen.D. de pœn.atque iccirco, vt carnificina vitetur,sortitionem adhibendam esse arbitrarer, hoc est decimationem, aut vicesimationem. Quod si solius magistratus aut etiam summi ordinis imperio peccatum est, tum eas regulas esse seruandas, quibus iubemur pœnas intra earum personarum numerum coercere,quæ solæ deliquerunt: ne videlicet innocentes pro nocentibus pœnas luant: ne culpam temeritatis alienæ alij sustineant. l. 6, C. vnde vi.l. neque in interdicto, 198. D. de reg. iur.l.vlt.D.de Sena.Silan.l.vlt.D.de bon. damnat. & in hanc sententiam extat Vlpiani auctoritas in l.1,D.de magistr.conueniend. eiúsque rei æquitas manifesta est,quoniam eo mandato quo Reip.administratio eis committitur, nihil quod contra bonos mores sit,continetur.l. 6, §. rei turpis, l. si mandauero,22,§.qui ædem, D. mandat. Neque verò in hoc odiosarum caussarum genere locum esse iis sententiis quibus dicitur,referri ad vniuersas quod publicè factum est per maiorem partem. l.aliud,160.D. de reg.iur. vt maiorem partem interpretemur, duas de tribus: veluti octo ex duodecim.l.3,D.de decret.ab ord. fac. l.3, & l. 4, D. quod cuiusq.vniu.l.nominationum,46.C.de Decurion. nam illæ sententiæ ad ea quæ ciuiliter gesta sunt sine dubio pertinent.d. l. 1, §. sed si ordo, D.de magist. conuen. quemadmodum dicimus, quod maior pars curiæ effecit, pro eo habetur, ac

ſi omnes egiſſent. l. quod maior, 19. D. ad munici. quod pro voto omnium primoribus indulgetur, vniuerſis tribui videtur. l. 6, C. de aduoc. diuerſ. iudic. Pertinet autem ad hũc lo cum Deditionis inſtitutum, de quo Varro in lib. de vita populi R. ſic ſcribit: Si cuius legati violati eſſent, qui id feciſſent, quanuis nobiles eſſent, vt dederentur ciuitati ſtatuerunt. Nempe, ne ciuitas paucorum delicti pœnas lueret, cuius rei exempla ſunt apud Liuiũ, & alios innumerabilia. Sin autem publico conſilio & communi totius vniuerſitatis conſenſu periculum eſt, tum verò negari non poteſt, quin ipſa vniuerſitas plectenda ſit. ſed non eo modo quem vulgus putaret, vt de ſingulis ordine pœna repetatur, quid ergo eſt? Pœna de vniuerſitate ſumi dicitur, cum ipſa vniuerſitas punitur: quare cum vniuerſitas iure conſtet, vt ſuperius diximus, adhiberi ea pœna poterit, quę ius illud adimat. veluti ſi ſuis legibus, ſi magiſtratibus, ſi publico cõſilio, ſi immunitatibus & aliis priuilegiis priuetur: ſi mœnibus oppidum nudetur. quinetiã interdum ciuitas vniuerſa delebatur, quo caſu dicebatur mori, & aratro proſcindebatur. l. ſi vſusfructus, 21, D. quib. mod. vſusfr. amitt. Cicero Agrar. 1. Tum ipſam veterem Carthaginem vendunt, quam P. Africanus nudatam tectis ac mœnibus, ſiue ad notandam Carthaginenſium calamitatem, ſiue ad teſtificandam noſtram victoriam, ſiue ad oblatam aliquam religionem, ad æternam hominum memoriam conſecrauit. Item in ead. Maiores noſtri Capua magiſtratus, ſenatum, conſilium commune, omnia denique inſignia Reip. ſuſtulerunt, ne-

que aliud quidquam, nisi inane nomen Capuæ reliquerunt. Et hoc idem supplicij genus in vrbe Byzãtio ab Imp. Seuero vsurpatum Herodian. testatur lib. 3. Xiphil. in Seuero, Zonaras tom. 2.

An filius fideicommisso grauatus detrahere duas quartas possit.

QVAESTIO XLIII.

VETVS quæstio est, de qua quid dici in vtramque partem possit, considerandum est. Primùm ergo illud scire oportet: extare decretum in c. Raynutius, & c. Raynaldus, de testament. vbi hoc iuris statuitur, vt filius de restituendo grauatus præter suam legitimam detrahere Pegasianum quadrantem posit: decretúmque istud vbique gentium ita comprobatũ est, vt Baldus in consil. CCIX: Pepus Nicolutij, num. 3, tom. 2, testetur, id toto terrarum orbe & in scholis & in iudiciis obseruari. quod idem scribit Guid. Pap. quęst. LI. licet doctores. numer. 1. vbi multorum testimonia enumerat: & pręter illos Angel. in l. coheredi, §. cùm filiæ, D. de vulg. & pupill. Phil. Dec. consil. CCLXIX. consil. D. CLXXXVIII. ad confirmationem. num. 8. tom. 3. Angel. l. in ratione, §. quod vulgo, D. ad leg. Falcid. Philipp. Corn. & Fulgos. in l. quanquam, C. ad legem Falcid. Huius autem sententiæ argumentum (quod nondum à quoquam prolatum esse animaduerti) sumi potest ex l. 2, in fin. & l. 3, §. item Pomponius, D. ad Trebell. vbi duarum quartarum detractio perspicuè

cuè conceditur. cùm enim heres ex quadringentis quibus testatoris patrimonium constabat, trecenta legatariis dare iussus esset, hereditatem verò alicui restituere: scribitur eum de legatis, septuagintaquinque, quæ illorum quarta est, detracturum: de fideicommisso verò, vigintiquinque. vt facilè appareat, duplicem detractionem, duásque quartas permitti. Secundum argumentum sumi solet ex eo, quòd istę duæ quartæ vario ac dissimili ex iure promanant. legitima nempe, ex iure naturæ: Trebellianica, ex S.C. eámque ob caussam alteram alteri obesse non oportere. quemadmodum videmus prælegata non imputari in Falcidiam: sed heredem & ea ex testatoris beneficio, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinere. l. in quartam, D. ad leg. Falcid. Tertium ex eo ducitur, quòd legitima detrahitur tãquam à filio: Trebellianica verò tanquam ab herede scripto. nihil autem absurdi esse, si vnus atque idem duplicem personam sustineat, & ex duplici persona geminum emolumentum consequatur. l. tutorem, 22. D. de his quæ vt indig. l. 1, in fi. D. si à parent. Quartum suppeditat l. quoties, 68, D. ad leg. Falcid. vbi duplex deductio ex duplici deducendi caussa conceditur. cùm enim alicui plus esset legatum, quàm quantum capere liceret: prius deducẽda Falcidia dicitur, tũ deinde lex Iulia. Quintum inducitur ex l. quanquam, 10, C. ad leg. Falcid. vbi cùm filius de fideicommisso mortis suæ tempore restituendo grauatus esset, respondetur, heredem eius Trebellianicam detracturum. nam si filius suam iam antè legitimam detraxerat, vt ei ordina-

rio iure licuit: apparet duas quartas vna ex hereditate deductas fuisse. Sextum omniũ acerrimum suppeditat l. Papinian. 8, §. meminisse, D. de inoff. test. vbi Papinianus scribit, filium fideicommisso grauatum, si inofficiosi egerit, & non obtinuerit: id solum perdere, quod Falcidiæ iure habiturus erat. vbi Falcidiæ nomen pro legitima vsurpari constat: quemadmodum in §. vnde siquis, ead. l. nimirum vt extremũ paragraphi cum initio conueniat: Filium inofficiosi damnatũ perdere quod ei testamento relictum erat: hoc est, partem legitimæ. nã ex contrario videmus ita recte argumẽtari licere: Si qui questus est, nec obtinuit, legitimam amitit: sequitur vt is qui questus non est, sed contentus testamento quieuit, eam habeat. quod si & Trebellianicam & legitiman habeat, duas quartas eodem testamẽto retineri. Sed videamus ne & plura & certiora multo afferri contraria ex parte posſint. Nam primùm omnium Pontificali auctoritati opponitur natura rerum & sensus communis. Aſsis enim ratio & natura hæc est, vt eius vna aliqua parte nominata, altera necessariò intelligatur. quippe cùm ex eorũ numero sit quæ dialectici τὰ πρός τι nominãt. Itaque quoties quadrantis detractio nominatur, toties dodrantis reliquatio intelligitur: neque quisquam detrahere quadrãtem dicitur, nisi ei soli cui superstes ex asse dodrans relinquitur. quod cùm ita sit, quæro si filius qui iam legitimarium quadrantem detraxit, insuper velit alterum Pegasiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicommissario relinqui posſit? Nam Falcidia lex relinqui omnino dodran-

dodrantem volebat: summámque testādi libertatem lege XII tab. constitutā ea in parte deminuebat. l. 1, D. ad leg. falcid. vt facilè appareat, non tam quadrantis detrahendi, quā dodrantis relinquenpi rationem habendam esse. quippe, cùm hæc reliquatio lege XII tab. primùm instituta, pòst etiā Falcidia lege confirmata & constabilita sit. Eiusdem modi alterum argumentum est. nā cùm quadrantis detractio sit priuatio, & priuatio præsupponat habitum, vt vulgus loquitur: hoc est, detractio rē subesse arguat: satis constat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat: hoc est, ab eo cui plus dodrante superat. Quod si filius qui legitimam detraxit, Pegasianum quadrantem petat, quæro an ab eo petat cui plus dodrante superat. Ac nimirum hoc illud est, quod vulgo dicitur, quartæ detractionem ei demum concedi, qui supra dodrātē grauatus. est §. sed quia, De fideicom. hered. vbi dicitur, Senatum censuisse, vt ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur heres supra dodrātem grauatus non est, sed ei quadrans hereditatis quoquo iure, siue institutionis, siue præceptionis, deductionis, retentionis, siue legati, siue mortis caussa capionis relictus est: sequitur vt quartam petere nō possit. l. in quartam, D. ad leg. falcid. Itaque cùm heres legitimā adeptus est, satis constat, eum supra dodrantem grauatum non esse: ac proinde petere falcidiæ beneficium non posse. Tertium argumentum ducatur ex aliarum quartarum inductione. nam in reli-

quis omnibus hoc perpetuò videmus esse iuris, vt vnius adeptio alteram excludat. Cuius rei tria exempla suppeditat l. Papinianus, D. de inoff. test. Primũ est, in §. quarta autẽ: vbi filius qui Falcidiã ex legatis adeptus est, ab inofficiosi querela depellitur. Alterum in §. vnde si quis: vbi filius Pegasianam ex fructibus consequutus similiter ab inofficiosi actione excluditur. Tertium in §. si quis impubes: vbi nepos ex filia impubes ab auo arrogatus, & exheredatus, quoniam ex constitutione D. Pii, quartam habet, à querela remouetur. Cui cõsentaneum est quod traditur in l. 1. §. pen. D. si cui plus quàm. vbi patronus qui in liberti bonis partem habet legitimã, si eam detraxit, à Falcidia petenda depellitur. Quartum inducendum est ex Nouell. xxxix, de rest. & ea quæ par. cuius verba, Iuliano interprete, hæc ferè sunt: Si quis vnum ex liberis heredem instituerit, & rogauerit eum, vt cùm morietur aliis restituat hereditatem: primùm quidem legitimam portionem, nempe triẽtem, sibi retineat: ceteras autem partes fideicommissario restituat integras. Itaque Barth. in eũ locum scribens, num. 1, Nota, inquit, filium fideicõmisso grauatum non posse duas quartas detrahere, sed vnam tãtùm. Quintum est ex l. iubemus, 6, C. de ad Treb. vbi Zeno statuit, vt filius portionẽ suam hereditariam fratri restituere rogatus, retenta ex s. c. beneficio quarta, dodrantem restituat. quo quid apertius dici potuit? Neq; nos moueat quod suprà diximus Iustinianum de legitima statuisse. cùm enim eius summam auxisset, & è quadrantaria trientariam fecisset, non dubium est

est,quin filij iam non amplius Pegasianam,sed legitimam potius petituri sint. Sextum sumitur ex l.quoties, D.de reg. iur. quoties duplici iure defertur alicui succeßio, repudiato nouo iure superat vetus. non enim duæ caussæ lucratiuæ in eundem hominem & eandem rem concurrunt. §. si res aliena, de legat.l.omnes,17,l. ex promißione, 19,De oblig.& act.& nõ vt ex pluribus causſis deberi nobis idem potest,ita ex pluribus causſis idẽ peti potest.l.non vt ex pluribus,D.de reg.iur.Cũ igitur quadrans succeßionis nomine à lege attribuatur,qui eum semel ex vna caussa adeptus est,si eundem ex altera caussa petat, doli exceptione vulgata rectè remouebitur.habet enim quod petit. l. 2, D. de doli except. Neque nos moueat, quod Bald.in d.l.quanquã,& plerique omnes dictitant, legitimam nõ ex lucratiua caussa deferri, sed quasi naturæ iure deberi, ex textu quem falso nobis obiiciunt,ex l.si quis legatum,6.§.vlt.D.de fals.sed habebãt textum directum in l.1,C.de impon.lucrat. descript.& l.scimus.36,§.illud præterea,C.de inoff.test.quia,vt maximè illis concedamus legitimam naturæ iure deberi, cùm ex contrario,non quarta,sed solida hereditas liberis debeatur: d.l.1,& l.vlt.D.de bon.damnat.tamen nõ si quid duplici ex caussa debetur, duplici ex caussa solidum peti & obtineri potest.l.3, D. de petit. heredit. l.si seruus, 108,§.stichum,D.de leg.i. Cùm igitur nostri propter huiusmodi argumenta de illius Põtificalis decreti æquitate dubitare cœpissent,vetere suo instituto ad conciliationem sophisticam perfugerunt: vt si filius purè fideicom-

missio grauatus esset, vna tantùm detractione vteretur: quasi vno eodémque tempore concurrere duplicis quadrantis detractio non possit: vtpote à sensu cõmuni, (vt superius diximus) aliena. sin autem in diem, vel sub conditione, tum legitimam quidem statim detraheret: existente die aut conditione, Pegasianam. Cuius distinctionis non reperio vetustiorem auctorem Azone, qui in summa Nouell.I. commentum illud tradit. & ei suffragatur gloss. in d. §. meminisse, D. de inoff. test. & item in l. quanquam, C. ad legem Falcid. & in auth. de hered. & falcid. §. is igitur, vers. siquis verò non implens. Rursus altera gloss. in d. Raynutius, vbi hanc dicit esse communem opinionem. Sequũtur Fulgos. & Corneus in d. l. quanquam: vbi vterque ait, Azonis tẽpore distinctionẽ illam seruatam fuisse tanquam euangelium. Barth. in d. l. quanquam, C. ad leg. Falcid. & rursus in consil. VI, viso testamento. & consil. XII, si quis instituatur. Philipp. Corn. consil. CXIIII, in hac consultatione. num. 3, & 4, tom. 4. Barth. Socin. consil. XXXIII, prosequendo ordinem: num. 14, tom. I. & rursus consil. XXXI. viso testamento. num. 9, tom. 4, & consil. LXXXII, in caussa vertente. num. 3, eodem tom. Petrus de Anchar. consil. XXVII. non seruato. num. 3. Verùm vt, remotis auctoritatibus, rationis momẽta paululum exquiramus: velim mihi respondeãt, primùm cuius legis auctoritate freti ius istud nouum inducere audeant: cùm toties in ore habeant, erubescendum si quis sine lege loquatur? deinde si rerum natura non ferat, (quemadmodum ipsi quoque fatentur) vt quadrantes duo detrahãtur, quæro quemadmo-

madmodũ eadem ferre posſit, vt diſtinctis temporibus id fiat? Præterea quid ſi filius illico poſt patrem decederet, aut reſtituere confeſtim hereditatem vellet, quis vnquam iſtorũ monuit, duos quadrantes iſto caſu detrahi nõ poſſe? Itaque non mirum eſt Baldum in d.l.iubemus, C.ad Trebell. ſcribere, diſtinctionis iſtius rationem quidẽ apparentem eſſe aliquam, ſed nullam exiſtentẽ: quia iuris ciuilis veritati aduerſatur. & Paul.de Caſt. in eadem l.diſtinctionem illã iure ciuili falſam eſſe. Quinetiam gloſſa in d.c.Raynutius, apertè profitetur, ſuperiorem illam Canoniſtarum ſentẽtiam communi & mẽte & voce Ciuiliſtarum repudiatam eſſe: vbi in iſta parte Iacobum de bello viſu numerat. ſed omnium acerrimè Canoniſtas oppugnat Oldrad.in conſi.CCV.prima dubitatio.num. 3, vbi liberè profitetur, iſtam de duabus quartis ſentẽtiã aduerſari rationi, veritati, & expreſſo iuri. hęc enim illius verba ſunt. Fulgoſius autẽ in d. l.quãquam, C.ad leg.Falc.eam ex falſo iuris intellectu proceſsiſſe: idémq; & Cynum & Dinũ ſenſiſſe. Petrum autem terribiliter in Canoniſtas inſurrexiſſe. Qua de cauſſa Philip.Corn.in d.l. quãquã, aſcribit, cùm illa decreta ex malo intellectu iuris ciuilis proceſſerint, illa eſſe ſeruanda in illorum foro: at in foro ciuili ſeruandum eſſe ius ciuile: idémq; & Petro & Dino placuiſſe. omnium autem copioſiſsimè Ciuiliſtarum ſentẽtiam contra Canoniſtas tuetur Alexander in conſi.CXLII. circa primam dubitationem. nume. 9, tom. 2. vbi dicit hanc partem eſſe communem: nec illam Canoniſtarum deciſionem ibi ſeruandam eſſe, vbi

ius ciuile seruari debet.item in consil.L, circa primam dubitationem.num.10,11,12, tom.6.vbi ait, naturam quartarum hanc esse,vt altera in alteram imputetur,& profitetur se auctores habere Dinũ, Iacob.But.& Odofre.Quamobrem videndum est, quemadmodum superioribus argumentis responderi possit.Nam quod ad Pontificalem auctoritatem attinet,nos ei & naturam & sensum communem opposuimus:duarum scilicet quartarum detractionem, & ex altera parte dodrantis reliquationem, neque fieri, neque vlla humani animi intelligentia concipi posse.Ad primum autem argumentum respondendum est, duplicem quidem eo loco detractionem esse:de legatis scilicet, & fideicommisso.sed si assem hereditarium consideremus,vnius quadrantis duntaxat. cùm enim quadringenta tantùm in hereditate essent, qui septuaginta quinque de trecentis legatis, vigintiquinque rursus de centum fideicommissariis detrahit: non amplius quàm centum (qui asis quadrans est) detrahit. Ad secundum respondendum est, non duas detractiones eas esse: sed vnicam duntaxat.quod enim prælegati nomine heres capit,non detractionis iure,sed tanquam ex mero testatoris beneficio id accipit.nos autem de duarum detractionum iure quærebamus. Ad tertium respondetur,primùm ex d.l. Papinianus, §.si impubes, vbi impuberi arrogato duæ quartæ vario & dissimili ex iure deferebantur: nimirum vna ex constitutione D.Pij, altera ex lege Falcidia. & præterea vnus atque idem duas personas sustinebat,arrogati & filij.deinde ex d.l.1,§.penult. D.

si cui

si cui plus quàm. vbi patrono qui similiter & patroni & heredis personam sustinebat, vna ex lege Iulia, altera ex lege Falcidia detractio defertur. Sed tamen quia bis idem deberi duplici ex iure non potest, vnius quadrantis adeptione ab alterius petitione per doli exceptionem remouetur. Similiter igitur in proposito, quando ita Doctoribus nostris placet, duas quartas vario & dissimili iure deferri, optionem earum filium habiturum, vtro iure alterutram velit consequi: sed non vtranque tamen consecuturum. l. cùm filius, 76, §. variis, D. de legat. sec. l. 1, §. quia autem, D. quod legat. Atque hæc quidem (vt dixi) responderi sic possunt, vt maximè concedamus duas istas quartas ex vario & dissimili iure promanare. Docuimus enim alio loco, tres quartas, & eam scilicet quæ de legatis, & eam quæ ex institutione, & eam quæ ex fideicommisso detrahitur, vno ex fonte & capite legis Falcidiæ fluxisse. qua de caussa vnamquamque earũ passim Falcidiæ nomine promiscuè appellari. vt in d. l. Papinia. §. vnde si quis, & §. meminisse. Ad quartum autem animaduertendũ est, in l. quoties, non esse duas detractiones, sed vnam duntaxat: nimirum Falcidiam. quod enim ob legatarij vitiũ quia solidum capere non poterat, cecidit, non id heres sibi colligit: sed si patrimonij quantitas tulisset, ad filium, vt caducum, ex lege Iulia Papia delatum fuisset. l. si is qui ex bonis, 6. D. de vulg. & pupil. l. si quis solidũ, 72. D. de hered. instit. Ad quintum autem iam antè respõsum est ex l. iubemus, C. ad Trebel. antiquo iure, hoc est, antè auctam à Iustiniano legitimæ quantitatem,

liberos fideicommisso grauatos Pegasianam detraxisse, & dodrantem restituisse: legitimam autem non detraxisse. patet etiam ex l. coheredi, §. cùm filiæ, versic. quod si heredem, D. de vulg. & pupill. Superest sextũ, quod omnium acerrimum esse diximus. in quo illud intelligi oportet, antiquo iure, hoc est ante Expletoriam actionem à Iustiniano introductam per l. omnimodo, C. de inoff. test. filium querela non vtentem nihil planè aliud ex patris hereditate obtinuisse, quàm quod ei nominatim relictum ab eo fuerat. quare siue filio isti nihil erat relictum, nihil (omissa quidem querela) omnino habiturus erat: siue quid ei relictum fuerat, totum ei in Pegasianã imputabatur: vt ex l. in quartam, D. ad legem Falcid. superius ostendimus. ac proinde vtrocumque casu vnicam duntaxat quartam cõsequebatur. Atque hoc quidem modo superioribus argumentis abundè satisfactum esse arbitramur. Quod autem ij qui nostram hanc sententiam tuentur, afferre solent ex l. filium quem, C. famil. ercisc. vbi scribitur, filium quod supra quartam adeptus est reddere compelli: planè extra quæstionem nostram est: quemadmodum in Iurisconsulto nostro, vbi eius interpretationem posuimus, satis dilucidè diximus. Illud verò nullo modo prætermittẽdum est, singularem quendam casum reperiri, quem etiam video animaduersum à Fulgosio in d. l. quãquam, C. ad legem Falcidiam. quo casu duarum quartarum detractio summa ex æquitate permitti potest. nimirum cùm filiam cui pater dotem

legiti-

legitimæ ſuæ parem attribuit, heres poſtea inſti-
tuta & reſtituere grauata eſt. tum enim præter
legitimam (in quam imputari dotem conſtat ex l.
quoniã nouella,29, C.de inoff.teſt.) æquiſſimum
videtur, vt Pegaſiana in reliqua ſumma reſtituen-
da ei permittatur. quippe, cùm id demum in he-
reditate numeretur, quod mortis tempore in de-
functi bonis fuit, neque inter viuos alienatum eſt.
l.ſequens quæſtio,68,D.de legatis ſecũdo. Quod
enim Zeno conſtituit, vt dos in legitimam impu-
tetur, vnde quodammodo ad partem hereditatis
reuocari videtur: totum iſtud ex fictione eſt, quæ
contra ordinarij iuris rationem propter querelæ
odium inducta eſt.vt in fin.d.l. quoniam nouella,
diſertè traditur. dotem enim reuera extra patris
hereditatem eſſe, conſtat ex l.pater filiam, 14, D.
ad legem Falcid.l.à filia,62.D.ad Trebell. Quod
verò contra iuris ordinarij rationem conſtitutum
eſt, produci ad cõſequentias non oportet. l. quod
verò, 14, cum duabus ſeqq. & l.nulla iuris ratio,
D.de legib. Sed iam ad conſultationem alteram
veniendum eſt, qua pro corollario quæſitum eſt:
Si tamen filio ſuæ legitimæ & item Pegaſianę de-
tractio propter receptæ conſuetudinis auctorita-
tem permittenda eſſet, quotam hereditatis par-
tẽ ambæ ſimul ablaturæ eſſent. nã cõmuni Prag-
maticorum cõſenſu receptum eſt, primùm ex aſ-
ſe hereditario quatuor vncias, trientis legitimarij
nomine, detrahẽdas: tum deinde ex reliquo beſſe
quartã, quę duę ſunt vncię. Ita ſex vncias filiũ dua-
rum detractionum nomine ſibi habiturũ. ſic enim
video hãc rem explicare Bald. Fulgoſ. & Philipp.

Corn.in l.quanquã,C. ad leg.Falcid. & huius suæ sententiæ rationem hanc afferre,quia cùm fideicommissi grauamen cadere in legitimam non posit,l.quoniam in prioribus, 32,C.de inoff.test. consentaneum esse,vt filius hereditatem restituere rogatus , non nisi de besse restituendo rogatus esse videatur. Potuissent fortasse haud paulo aptius proferre exemplum ex l.quoties, 67, D.ad leg.Falcid.vbi traditur, cùm duę subductiones locum habent,veluti cùm plus alicui legatum est,quàm capere posit, prius Falcidiam detrahi: tum in reliquo secundam subductionem admitti. veluti si qui centum habebat, centum orbo alicui legauit:heres prius detrahet Falcidiæ nomine, viginti quinque:tum deinde ex reliquis septuaginta quinque,filius dimidiam partem auferet.l.1,C.de infirm.pen.cœlib.Sed videamus ne ratio ista conuenire in Pegasianum quadrantem posit. Nam vt de lege Papia prius differamus, cùm illa de dimidia,aut decima,aut alia parte locuta est:non de asis hereditarij parte locuta est : sed de quauis summa testamẽto alicui relicta.Lex autẽ Falcidia, quã Pegasianum s.c. secutum est, nominatim his vtitur verbis:NE MINVS QVARTAM HEREDITATIS PARTEM. vt Pegasiana quarta non ad aliam vllam summã nisi ipsius asis solidi hereditarij referri posit. Quod cùm ita sit, perspicuum est, Canonistas nostros falso, perperam, & contra disertaa legis Falcidiæ verba Pegasianum quadrantem ad besis reliqui rationem referre. vt mittam,quod ne natura quidem patitur, quadrãtem ad bessem referri. cùm enim quadrans nomina-

minatur, non besſis quadrans nimirum, ſed aſsis ſolidi quadrans intelligitur. ex quo concluditur, ſi filio iſti præter ſuam legitimam Pegaſianæ detra-ctio permittenda eſſet, ei ſeptem vncias ex aſſe hereditario erogādas eſſe. Ad illam autem ratio-nem l. quoniam in prioribus, ſatis argutè excogi-tatam, reſpondendum eſt: non ſi legitima priui-legium illud habet, vt fideicommiſſo grauari non poſsit, iccircò tamē minus in aſſe hereditario nu-merandam eſſe: & partem eius facere. neque enim conditio illa facit, vt extra hereditatem numerā-da ſit. Quare cùm legitima partem aſsis hereditarij faciat, ſequitur, vt lex quæ de quadrante here-ditatis loquitur, de quadrante totius illius ſummę ſolidæ & integræ intelligatur. Quod ſi quis dice-ret, filium propterea duas tertias, hoc eſt beſſem, detracturum, quia Iuſtinianus non tantùm eam portionē auxit, quam filius habet vt filius, ſed e-tiam eam quam habet vt ſcriptus: haud ſcio, an ſa-tis hæc ſententia probari poſsit. nam etſi verū eſt, Iuſtinianum auxiſſe filij legitimam, ſiue heres ſcri ptus ſit, ſiue non ſit: tamen nūquam eam auxit ni-ſi tanquam filio: neque diſtinxit vtrum ſcriptus ſit, an non ſit. denique hoc perſpicuè aduerſatur Nouel. XXIX. de reſtit. vbi Iuſtinianus nomina-tim loquens de filio herede ſcripto, & reſtituere rogato: ſtatuit eum detracta legitima (quæ iam, inquit, non quarta eſt, ſed tertia) reliqua omnia redditurum. Denique, vt iſti perplexæ quæſtioni finem imponamus, arbitror de ratione duplicis detractionis ita cōſtituendū eſſe: vt ſi quidē vnus filius eſt, de principio trientē legitimę ſuæ nomi-

ne detrahat:pòst deinde, quia idē ille triens partē hereditarij aſsis facit,& in hereditate numeratur, tres inſuper vncias, ac proinde ſeptuncem auferat. Quod ſi Græcorum inſtituto ad centeſimam rationem reuocare hanc diſputationem volumus: ſi quidē vnus ſit filius, primũ triginta tres aureos & vnius triētē detrahit:deinde Pegaſianę nomine inſuper viginti quinque, vt ipſe quinquaginta octo cũ triente auferat:reſtituat vnũ & quadraginta cũ vnius beſſe.Sin autē duo ſint filij, & in bonis ſint ſexaginta, pater autē ſuo iure vſus primò ſuã ſolã legitimam attribuat,hoc eſt decem:alteri verò,dodrantem hereditatis, hoc eſt quinquaginta: tum hic ſecũdus de portione ſibi ab inteſtato cõtingente,quæ fuit triginta, detrahet legitimæ nomine decem: pòſt deinde quaſi hæc legitima adhuc in hereditate ſit, detrahet duodecim & quadrantem duorum. Atque hæc quidē ita ſe habent. quoniam tamen error iſte Canoniſtarum paſsim toto ferè terrarum orbe ius fecit: haud ſcio an conſultius facturi ſimus, ſi quam minimo nos ab illorum litibus redimamus:& pinguem illam ſubducendi rationem, de qua ſuperius diximus, placidè ſequamur.

Appendix.Summa igitur totius diſputationis hæc eſto. Filius fideicommiſſo grauatus iure ciuili non plus ſua legitima detrahet.l. 8, §.quarta autem,D.de inoff.teſt.l.6,C.ad Trebell. Nouell.39.ſed in quibuſdam locis, ſtulto Canoniſtarum errore iam recepto, duas portiones detrahit. legitimam,iure filij:quæ iure nouo triens eſt: hoc eſt,vnciarum quatuor.Nouell. 18. Trebellianam,

iure

iure scripti heredis: quæ dicitur esse quadrans bessis reliqui: vt scilicet duarum sit vnciarum. Atqui cùm Imperator non tantùm eam portionem auxerit, quam filius retinet, vt filius, verùm etiam eam quam detrahit vt institutus; necessariò dicendum est, eum duos trientes, hoc est bessem ex asse auferre. conuersa Iustiniani ratione, qui bessem heredi, trientem filio attribuerat. Quid igitur si quinque liberi sint? nimirum ex eadem Nouella duos semisses: reliquum, id est nihil, heredi à Canonistis reseruabitur.

SEQVITVR DISPVTATIO eiusdem auctoris contra c. Raynutius, ext. de testam. Habita Biturigæ anno M. D. LXVII. Kal. April.

ENVNTIATIONES EX *d.c. Raynutius.*

I.

Ex bonis filiæ quæ restitutioni obnoxia sunt, possunt & mater & auia paterna suas legitimas detrahere.

II.

Mater & auia paterna spem suæ legitimæ in bonis superstitis filiæ quæ restitutioni obnoxia sunt, vendere extraneo & donare possunt.

III.

Cùm mater & auia paterna suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iisdẽ legitimis suam legitimam detrahit.

IIII.

Fructus ab heredis fiduciarij successore post litem contestatã percepti, ei in suam Pegasianam imputãtur.

V.

Cùm auia & mater suas legitimas dē bonis filiæ restitutioni obnoxiis detrahunt, ipsa quoque filia sibi detrahit: ac proinde tres legitimæ à tribus diuersis personis detrahuntur.

VI.

Heres filiæ de restituendo grauatæ præter legitimam etiam Pegasianam detrahit.

ARGVMENTVM IN
d.c. Raynutius, de testam.

HERES *eius filiæ, quæ portionem suam hereditariam, cùm morietur, sorori suæ restituere iussa est, legitimam simul & Pegasianam detrahit. Filia autem & mater & auia paterna, suas illa superstite speratas legitimas alienare in extraneum possunt: ita tamen vt altera filia fideicommissaria, suam quoque de illis legitimam detrahat.*

CAVSSAE constitutio hæc est. Raynutius cùm duas filias Alterochã & Adiectã haberet, vtranq; heredem instituit: simúlque Adiectam rogauit vt si sine liberis decederet, portionem suam moriens Alterochæ sorori restitueret. Ita Raynutius decedit: vxore Adelasia, & matre Clera superstitibus relictis. Eo mortuo, Adelasia

lasia & Clera quæ legitimas suas in Adiectæ portione, si ea sine liberis decederet, sperabant: spem illam Adiectæ marito vendiderunt. Pòst Adiecta sine liberis decedens, Petrucium maritum heredem instituit. Cùm enim & Pegasianam & legitimam detrahere dicatur: necesse est eum heredem institutum intelligi. l. quanquam, 10, C. ad leg. Falcid. Ita fideicommissi dies Alterochæ cessit: de qua quæsitum est, quota ei pars illius portionis hereditariæ restituenda esset. Papa iudex adhibitus statuit, vt primùm omnium duæ illæ tertiæ quæ legitimariæ portionis nomine Adelasiæ & Cleræ debebantur, & Petrucio venditæ fuerant, à Petrucio deducerentur: ita tamen vt Alterochæ sua in iis legitima seruaretur. tum deinde, vt idem Petrucius debitam Adiectæ legitimā detraheret, ac postremò, Pegasiani S.C. nomine quadrantem. His detractis, reliquum Alterochæ restitueretur. Quod sanè cuiusmodi sit, coniectura assequi non possum. nam vt, perspicuitatis caussa, ex iuris antiqui ratione, quadrantarias omnes detractiones fingamus: cùm Adelasia tres vncias, Clera itē tres detraxerit: pòst Adiectæ legitima tres quoque abstulerit: totidémque ad extremum eiusdem Pegasiana: ecquænam portio Alterochæ restitui poterit? Sed prius noua iura omnia quæ per hanc sententiam constituuntur, consideranda sunt. Sex enim illorum capita licet animaduertere: quorum primum illud est.

Ex bonis filiæ quæ restitutioni obnoxia sunt, possunt & mater & auia paterna suas tertias detrahere. Tertias autem, si ad iuris ciuilis rationem spectemus,

non alias quàm legitimas interpretari possumus. quare huic enuntiationi multa perspicuè aduersantur. Nam primùm omnium, vbi mater & auia paterna filio moriente superant, soli matri, vtpote proximæ, successio defertur: auia exclusa. Nouell. CXVIII, §.2. Cõstat autem legitimam, hereditatis ab intestato partem esse. l. parentibus, 8, cum simil. C. de inoff. test. ac proinde, iisdem personis, quibus illa defertur, eodémq; ordine deferri. Nouell. XVIII, §.1, & §.2. Præterea etiamsi & mater & auia simul admitterentur: tamen non singulis, trientes singuli, legitimæ nomine: sed ambabus vnus tantùm attribueretur. §. vlt. De inoff. test. Iam verò cùm legitima matri deberi dicitur, de hereditate quæ filiæ propria est, deberi intelligitur: quemadmodũ cùm filio deberi dicitur, de patris hereditate intelligitur. Atqui hereditas ista nõ erat Adiectæ propria, sed Raynutij, qui eã per fidei cõmissum Alterochę destinauerat: & notũ est, hereditates fideicõmissarias semper testatoris heredi tates dici. l. coheredi, 41, §. qui filiæ, D. de vulg. & pupil. subst. ex quo intelligitur, nihil ex ista hereditate neq; matri, neq; auię, legitimę nomine, deberi potuisse. Huc accedit, ꝙ legitima ei demũ cõ uenit, cui hereditas ab intestato debebatur. hęc autẽ hęreditaria portio à filia intestatò mortua, neq; ad matrẽ, neq; ad auiã peruenire poterat. Patris enim Raynutij testamento Alterochæ destinata fuerat. Eodẽ pertinet, quòd legitima nulli, nisi institutionis iure, debetur: neq; ab alio quàm ab herede instituto peti potest. Nouell. CXV. §.3. Quare cùm neque Adelasia mater, neque Clera auia

paterna heredes institutę essent, neutra earum petere legitimā potuit. Neque ad rē pertinet, quòd legitima de bonis restitutioni obnoxijs, filia mortua, per ipsius heredē detrahitur. Tum enim ipsius filiæ nomine detrahitur. quemadmodū hac quoque in caussa posterius videbimus constitutū esse, vt detrahatur. Nunc autem mulieres istæ, non filiæ, sed suo ipsarum nomine detrahunt.

Secundum ius nouum, quod hac sententia cōstituitur, est huiusmodi: *Mater & auia paterna spem suæ legitimæ, in bonis superstitis filiæ, quæ restitutioni obnoxia sunt, vēdere extraneo & donare possunt.* Cùm enim Petrucij liberis hæc omnia & eorum tutoribus adiudicētur: perspicuum est, alienationes illas, quæ à matre & auia factæ dicuntur, confirmari. Qua de re ita disputari potest. Primùm, quòd isto modo venditio hereditatis viuentis cōfirmatur: cōtra l.1, cū similibus, D. de here. vel act. vend. vbi Vlp. ait propterea id fieri nō posse, quia venderetur res quę nulla est, & in rerum natura nō est. quod autē de tota hereditate dicitur, idem de legitima, quæ ipsius pars est, dicendum esse, constat ex vulg. l. quæ de tota, D. de rei vind. Denique pacisci de legitima viuentis non licere, nemo nescit ex l. si quando, 35, §. 1, D. de inoff. test. l. 1, §. si impubere, D. de collat. præterea isto modo pactū quod mali ominis est, id est, quo liberorum spes extinguitur, confirmatur: contra l. inter stipulantem, 80, §. sacram, D. de verb. oblig. nam istius duplicis trientis sperati venditio, non aliter rata esse potest, quàm si Adiectā sine liberis decesserit. Postremò absurdum videtur, quòd isto pacto, ius le-

gitimæ,quod certis personis propriũ est, & in eas propriè conuenit,tamen extraneo ceditur:nimirũ Petrucio, Adiectæ marito: cũ tamen ea quæ certis personis propria sunt. cedi extraneo non possint: quemadmodũ de vsufructu traditur in §.finitur,3. De vsufr.l.si vsufructus,66,D.de iur.dot.de fideicommisso verò,in l.mulier,59,§.ex asse,D.eod.

Tertium ius est hoc:*Cùm mater & auia paterna suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iisdem legitimis suam legitimam detrahit.* Quo iure constitutum video, detractionem ex detractione cõcedi. nam de matris legitima suam legitimam filia detrahit.quod quam absurdum sit,nemo nõ videt.nam neque accessionis accessio, neque detractionis detractio vsquam conceditur: vt pote cùm contra naturam sit vt accidens accidentis fingatur.quemadmodum de vsuris vsurarũ, aut vsuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l.placuit,29, cum similibus,D. de vsur. & de Falcidia in l. pœnales, §. si Titio, ad leg. Falc. Eodẽ illud quoq; accedit,quòd ista Alterochę legitima præcisè & peculiariter de legitimis matris eius & auiæ detrahi dicitur. nam si qua detrahẽda fuit,nõ de illis particulis,sed vniuersè de tota illarũ hereditate, quæ mortis tẽpore reperta est, illã deduci oportuit. l.cũ quæritur, 6,C.de inoff.test.

Quartum hoc ius est:*Fructus ab heredis fiduciarij successore,post litem contestatã percepti ei in suam Pegasianam imputantur*·Vbi duplex dubitatio exoritur.Primùm enim si fructus ab herede fiduciario quocunque tempore percepti, ei in suam Pegasianam imputantur, l. in fideicommissaria, 18,D. ad

ad Trebell. quanto magis ab eius successore percepti & ante & post lit. contest. imputabuntur? quanquam, quoniam hic casus est de primi gradus liberis, quibus priuilegium à Zenone tributum est, vt fructus illis in suam quartam non imputentur: l. iubemus, 6, C. ad Trebell. propterea de iis qui Adiecta viuęte percepti sunt, nihil mutamus: sed eius successorem meliore esse iure, quàm quo sunt heredes fiduciarij extranei, nulla ratio est. Præterea singulare quiddam est in hoc cõtrouersiarum genere: vt locum non habeat quod in hoc iudicio spectatum est: litis contestatione malæ fidei possessorem effici: ac proinde fructus ab eo postea perceptos imputari: l. 2. cum similib. C. de pet. hered. nam quemadmodum traditur in l. solidum, 78, D. de leg. sec. ab ea regula excipiuntur caussæ, in quibus Falcidia locum obtinet. ídque perspicua æquitate. quia possessor non absolutè & simpliciter restitutionẽ abnegat: sed cum adiectione, si totum restitui petitur. non enim tota hereditas debetur, sed cum detractionibus legitimis. Eóque pertinet l. 3. D. de vsur.

Quintũ hoc ius est: *Cùm auia & mater suas legitimas de bonis filiæ restitutioni obnoxiis detrahunt, ipsa quoque filia sibi detrahit: ac proinde tres legitimæ à tribus diuersis personis detrahuntur.* Quod cuiusmodi sit, ex iis quæ in prima enuntiatione dicta sunt, satis intellectũ est. nam siue matri legitima debeatur, de filij hereditate ei deberi intelligitur. siue rursus filio debeatur, de parentis. Vtrique autem de eadem hereditate, & matri, inquam, & filię, deberi non potest, propterea quod in intestatorum

hereditatibus liberorum gradus parẽtes excludit. Nouella, CXVIII, §.1. Quare cùm pateat hanc Raynutij hereditatem esse, sola filia legitimam ab ea capiet: matrem verò & auiam prorsus excludet.

Sextum ius est: *Heres filia de restituendo grauata, præter legitimam, etiam Pegasianam detrahit.* Quod non modò contra iuris ciuilis rationem, sed etiam contra sensum communem institutum fuisse, superius docuimus. vt non mirum sit, si sentẽtia hæc à iuris ciuilis interpretibus plerisque repudiata sit. Quadrantis enim detractio aduersus eum solum intelligitur, cui dodrans relinquitur. constat autem, vbi legitimarius triens detractus est, bessem solum superesse. Præterea ex S. C. sententia is demum quadrantem retinet, qui supra dodrantem grauatus est. §. sed quia, De fideicommiss. heredit. quod de filio qui suam legitimam detraxit, dici non potest. Denique planissimè refutatur per Nouell. XXXIX. vbi Bartho. hoc ipsum fatetur: & per l. iubemus, 6, C. ad Trebell. l. quanquam, 10, l. si vt allegas, 11, C. ad leg. Falc. Atque hæc quidem ita se habent. Cùm autem Glossematarius, huius Decretalis interpres, tantam absurditatẽ animaduerteret, medicinã quæsiuit. Adscripsit enim probabilius sibi videri, duas illas matris & auiæ tertias non ex ciuili, sed potius ex Langobardico iure detrahi: propterea quòd eo loco vbi earum mentio fit, ita scriptum est: ILLAS tertias deducendas, d quibus deduci poterant, secundum Tuscanæ con suetudinem ciuitatis. Sed videamus, ne si ex eo lo co argumentari liceat, tertias illas iure Langobar dico detrahi: similiter concludi debeat, legitima detra-

detractionem quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Langobardico iure attributam ei fuisse. Vbi enim de illa agitur, ita scriptum est: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus secundum Tuscanę consuetudinem ciuitatis fieri consueuit. Quod quam abusurdum sit, nemo non videt. Verùm vt illud omittamus, éstne verisimile, tam barbaram, feram & inhumanã in vlla Tuscaniæ ciuitate receptã esse consuetudinem: vt mater, & vxor patrisfam. duos de ipsius patrimonio trientes auferrẽt: neq; ei liceret suis liberis, quãtumuis multis, præter vnum trientem relinquere? nam in iis quidem quæ extant Langobardorum legibus, caput hoc planè contrarium, reperio: tit. 3. De vlt. volunt. Si quilibet Langobardus ægrotauerit, potestatem habeat dispensãdi de rebus suis quid aut qualiter voluerit: & quod iudicauerit, stabile debeat permanere. Eodem accedit, quòd si qua huiusmodi consuetudo in ista ciuitate valuisset, superius in exponenda caussa mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfa. disponere inter liberos poterat, facta sine dubio fuisset: nimirum, Raynutium trientem illũ, de quo liberè statuere poterat, suis illis filiabus attribuisse. Prȩterea locus est apertissimus ex quo intelligi potest, duarum illarum tertiarum detractionem, de sola hereditaria Adiectæ portione petitam esse. Cùm enim Alterocha restitutionem postulasse dicitur, non dubium est, quin eorum tantùm bonorum restitutionem postularit, quæ Adiectę attributa, & relicta, & fideicommisso destinata à Raynutio fuerant. Atqui postea dicitur, licere Petrucio de illis

bonis ab Alterocha postulatis, duas illas matris & auiæ tertias detrahere.ex quo perspicuum est, eas non de vniuerso Raynutij patrimonio, sed præcisè de hac hereditaria portione Adiectæ attributa detractas fuisse. Verba autem hæc sunt: Coram quo Alterocha bona quondam Raynutij tanquã ex caussa fideicommissi vel substitutionis sibi debita petiit:tutore filiorũ ex aduerso dicente,quòd de bonis illis tam tertia Cleræ & tertia Adelasiæ vxori eiusdem, quàm quarta per Trebellianum nomine ipsius Adiectæ erant ante omnia deducẽdæ.Quibus ex verbis perspicuè intelligitur, tres istas detractiones de iis ipsis bonis sumi, quæ fideicommissi nomine postulabantur:neque aliunde duas Cleræ & Adelasiæ tertias exigi, nisi vnde Trebellianica petebatur. nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet; cùm Textus eas coniunctim de certis bonis postulari ostendat: non autem duas ex iure Langobardico, tertiã ex iure ciuili.Sed video quid alicui venire in mentem possit,quod tamẽ receptæ huius Decretalis interpretationi planè aduersatur.nimirum tertias illas Lãgobardicas eius donationis caussa deberi; quæ in libro de Feudis,Morganatica: in Langobardorũ legibus & Germanorum institutis, Morgengeba vocatur:ita tamen,vt Clera de bonis sui quondam mariti qui Raynutij pater fuerat,suam illam Morgengebam postulet. Primùm omnium nulla huiusce rei vel tenuissima in textu nostro facta mentio est:deinde Langobardorum legibus Morgengeba disertè vetatur esse quadrãte bonorum maior.Edict. Lutprand.tit.4.præterea quomodo ad hæc

hæc verba accommodari ista interpretatio poterit? Alterocha bona quondam Raynutij tanquam ex caussa fideicommissi sibi debita petiit: tutore allegante quòd de bonis illis tam tertia Cleræ, quàm tertia Adelasiæ, & quarta per Trebellianũ Adiectæ nomine erant deducendæ. Nam si Morgengebæ illæ fuerant, & alienatæ in extraneum erant, quo iure peti ab Alterocha potuissent? deinde quomodo de illis iisdem bonis detrahi Trebellianica potuit? Ad extremum, quid illud est, quod Alterochæ tribui legitima dicitur, de iisdem illis duabus tertiis delibata? Nam ita omnino se res habet: vt si maximè commentum istud alicui largiamur, tamen absurdissimè ius illud ex eo consequatur: Cùm vxor & mater iure Langobardico suas tertias detrahunt, eásque inter viuos alienant, tamen filia potest suam de illis legitimam detrahere. Hoc enim loco statuitur, vt Alterochæ de illis tertiis Petrucio vẽditis, sua legitima seruetur. Atqui cõstat legitimariam portionem de hereditate tantùm detrahi: quæ verò inter viuos alienata sunt, in hereditate non numerari. l. sequẽs quæstio, 68, D. de leg. sec. Neque enim, opinor, locum hîc habuit, quod traditur in l. 1, l. 2, & l. si totas, 3, C. de inoff. dona. & l. si vnquam, C. de reuocand. donat. cùm per inofficiosas donationes legitima lęsa est, eas vsq; ad legitimę quantitatẽ rescindi. quia cùm illę duę tertię cõfusę in matris & auię patrimonio fuissent: si casus ita tulisset, vt Alterocha suam in illarum bonis legitimam postularet, certum est illam legitimam non præcisè, de istis tertiis, sed vniuersè de solido illarũ patrimo-

nio detrahendam fuisse. Præterea vbi de inofficiosis donationibus, aut earum rescisione, vlla in consultatione, & toto Decretalis contextu vel minima suspicio est? non enim, opinor, iudex huic controuersiæ adhibitus, potuit illas donationes nondum inofficiosi conuictas & damnatas, ita obiter & quasi aliud agens rescindere. Nam quod ad inofficiosæ venditionis querelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio est? Neque verò plura de Glossatorum interpretatione dicenda sunt, præsertim cùm tota illorum in tertiis deducendis ratio nemini probari possit. nam si ponamus in Raynutij bonis fuisse LIIII, tres autem personas Cleram, Adelasiam, & Adiectam tertias ex iis petere: non sic rationem inibimus, vt Clera de LIIII, detrahat XVIII, pòst Adelasia de reliquis XXXVI, auferat XII. ad extremum Adiecta de hisce XII, quatuor abstrahat. Cùm enim vnicuique earum eodem iure, eodémque temporis puncto legitima debeatur: quis non videt, ex eadem quoq; summa singulis suam portionem attribuēdam? neque Cleram Adelasiæ, aut hanc illi anteferendam esse? sed vnam simul omnibus illis tribus legitimam de toto Raynutij patrimonio attribuendam: quā pariter æquabiliterq; inter se partiātur. verbi gratia XVIII omnibus. quemadmodum ex §. vlt. De inoff. test. superius demonstratum est. Verùm, vt antea diximus, quæsitum emplastrum est, quod ista vlcera non sanaret, sed tegeret. de quo tamen diutius non pugnarim. nam per me quidem pedibus ista trahantur, licet.

Quemadmodum ex variis coniunctionum modis ius accrescendi cuique coniuncto competat.

QVAESTIO XLIIII.

NVLLA toto iure ſpinoſior aut magis perplexa diſputatio eſt, quàm illa de iure accreſcendi. nec mirum. fuit enim variis Iuriſconſultorum concertationibus mirificè vexata, atque, vt Iulianus teſtatur, agitata. l. ſi ſeruo, 31, D. de ſtatulib. deinde, quantum ad legati cauſſam pertinebat, tota in formulis & verborum conceptionibus interpretandis verſabatur: quarum aliæ per vindicationem, aliæ per damnationem, aliæ per præceptionem dicebantur: vt teſtatur. l. 1, §. ſin autem. C. de cad. toll. Vlp. tit. Regul. 24. & Caius lib. Inſt. 2. tit. De legat. quarum formularum cùm cuiuſque diuerſiſsima vis ac ſignificatio veteribus Iuriſconſultis videretur, neque tamen illi inter ſe in earum interpretatione conſentirent, ad extremum Tribonianus exortus eſt, qui formulis illis ſublatis tamen quod cuique formulæ ius à Iuriſconſultis attributum fuerat, ſparſim in Pandectis reliquit. Vt iam peradmodum paucis in locis animaduertere liceat, ad quamnam earum formularum referri quaſque Iuriſconſultorum interpretationes oporteat. qua de cauſſa nunquam ſum veritus palam hoc dicere, ac liberè profiteri, non modò cunctorum qui hodie viuunt Iuris Profeſſorum, ſed ne multorum quidem veterum Iuriſconſultorum, ſi hodie reuixiſſent, ingeniis vllam

inter tam diſcrepantes ſententias concordiam cõciliari poſſe.Sed tamen quæ ex tanta caligine tantiſque tenebris ad aliquam ſtudioſorum vtilitatem proferri in lucem poterunt, hoc loco commemorabimus. Coniunctio duplex eſt: vna iuris,altera teſtamenti. Iuris coniunctio eſt, quæ ex rei communione inter plures eiuſdem rei dominos ipſo iure ita inducta eſt, vt deficientis pars alteri capienti accreſcat.veluti, cùm è pluribus eiuſdem rei dominis vnus ſuam partem pro derelicto habet.nam ea pars alteri domino eam occupanti confeſtim accedit.l.3, D. pro derelict.vnde vetus illud ius, vt qui è duobus ſerui dominis illum pro ſua parte manumitteret, tacitè illam donare ſocio intelligeretur,hoc eſt, vt pars illa deficiens alteri retinenti accreſceret.teſte Vlp.tit. regul.2.Paul.Sent. 4. tit. 12.§. vlt. in fin.Inſt.de donat.l.1,C.de ſeru.comm.manumiſſ.

Pari modo pars eius fratris qui querela inofficioſi agere deſtitit,alteri fratri qui in querela perſtitit, propter iuris communionem & coniunctionem accreſcit.l.ſi ponas,23,§.vlt.D.eod. Item cùm patrisſa. inteſtatò mortui hereditas ipſo iure primùm ad ſuos heredes, tum illis deficientibus ad agnatos paris eiuſdémve gradus æquabiliter pertineat, ſi quis vel ſuorum ſua parte abſtineret, vel agnatorum ſuam partem repudiaret,Iuriſconſulti propter coniũctionem iuris ſtatuerunt partem abſtinentis aut repudiantis reliquis capientibus accreſcere. auctore Vlpian. tit. Regul. 22.& tit.26.& l.3,§.3.l.9,D.de ſuis & legit.§.vlt.Inſt.ad orphit.Paul.Sent.4.tit.8.§.vlt. Deinceps de coniun-

iunctione testamentaria differẽdum est. nam hęc tribus fit modis: re tantùm, re & verbis simul, & verbis duntaxat. l. triplici, 142, D. de verbo. obligat. l. re coniuncti, 89, D. de legat. 3. Re tantùm fieri coniunctio dicitur, cùm pluribus eadẽ res separatis enuntiationibus relicta est: veluti, Primò Stichum lego. Secundò Stichum lego. §. si eadem, 8. De legat. nam etsi verbis & enũtiationibus inter se disiuncti sint, tamẽ rei communione coniuncti intelliguntur. Verius tamen & crebrius Disiunctio hæc appellàtur: propterea quòd Cõiunctio & Disiunctio in hoc genere potius ex verbis, quàm ex re æstimatur. d. §. 8. & l. 1, §. his ita, & §. seq. C. de cad. toll. Re & verbis coniunctio fieri dicitur, cùm & vna res & vna enũtiatione pluribus simul relinquitur. veluti, Primò & Secundò: vel, Primò, cum Secundo: vel Primo, Secundóque fundum illum do lego. l. triplici, 142, D. de verb. signif. l. si duobus, 16, §. vlt. D. de legat. 1. nam cum & ad eandem rem & vno verborum ambitu sint vocati, non dubium est, quin arctissime inter se coniuncti sint. quam vocem *ARCTISSIME*, aut certè parẽ aliquã, veluti, *Summè*, aut *Præcipuè* desiderari arbitror apud Paulum in d. l. 142. vbi scriptũ ita est: Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos & nominum & rei complexus iungit. de quo ne seruulus quidem Pauli calceolarius dubitare potuisset. sed hoc significat, è tribus coniunctionibus illam esse arctissimam: atque iccircò ceteris duabus præferri, ac potiorem esse: vt idem loquitur in l. re coniuncti, 89, D. de legat. 3. Verbis autem solis coniunctio fieri dici-

tur, cùm vna quidẽ res & vnica enuntiatione pluribus relicta est: sed tamen certis vnicuique partibus assignatis. velut, Primo, & Secundo fundum Tusculanum æquis ex partibus do lego. d. l. 89, & apud Vlp. tit. regul. 24. Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes sunto. d. l. 142. Etsi enim vnico verborũ ambitu cõprehẽsi sunt, tamẽ propter partes cuiq; ab initio assignatas vi ipsa separati esse intelliguntur. quia quot partes in legato factæ sunt, tot res numerantur. l. rectè, 25, D. de verb. signif. nõ secus ac si singulę res singulis separatim legatę fuissent. l. huiusmodi, 84. §. pen. D. de legat. 1. Atque huius solius vltimi cõiunctionis modi exempla Paulus subiungit, in d. l. triplici: quam longè aliter & legendam, & interpretandam arbitror, quàm vt vulgò creditur. Totam enim illam superiorem enuntiationem, *Nec dubiũ est, &cet.* nota parenthesis includo. vt quod continenter sequitur, *Veluti, Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes sunto*: nequaquam ad illa proxima parenthesi inclusa verba pertineãt, sed ad illud vnicum superius ante parenthesim extremum, *Aut verbis tantùm*. Nam hæc exempla, *Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes sunto*: *Titius Mæuiúsque ex parte dimidia* (sic legendum est) *heredes sunto*: *Titius cum Mæuio ex parte dimidia heredes sunto*: non duplicis coniunctionis exempla sunt, sed eius duntaxat, quæ fit nudis verbis. neque verè propriéque Cõiunctio est. quoniam, vt Celsus disputabat, tum demum propriè testator coniunctim legare dicitur, cùm cuique coniuncto ita solidum attribuit, vt si legatarij concurrant, suam singuli partem ferant:

rant:

tant: ſin alter deficiat, alter totum auferat.l.coniunctim,80.D.de legat.3. At is qui verbis tantùm coniungit,partes ab initio definit:& qui ſibi relictum capiunt ſemper habuiſſe ſuas partes dicuntur: hoc eſt, non tantùm concurſu, ſed etiam ab initio.l.planè,34.§. ſi coniunctim, D.de legat.1.l.re coniuncti,89.D. de legat. 3. Sed iam attentius conſiderandum eſt, quæ cuiuſque coniunctionis vis ac poteſtas ſit. In quo multiplex diſtinctio adhibenda eſt.nam primum omnium aut hereditatis cauſſa eſt,aut legati.de quibus Paulus ſeparatim diſputat in d.l.142. & d.l. 89. deinde alia proprietatis cauſſa eſt, alia vſuſfructus. tertio cùm de hereditate ambigitur, aut omnes inſtituti ſunt ex partibus indefinitis, aut omnes ex definitis, aut permixte. quarto, vel omnes agnoſcunt, vel quidam non agnoſcunt. quinto, vel primus, vel ſecundus,vel tertius coniungendi modus à teſtatore vſurpatus eſt. De hereditatis cauſſa priore loco diſſeremus. Ergo vbi plures coheredes facti ſunt, ſiquidem omnes agnoſcunt, tum ſi partes definitæ ſunt, ſinguli ſuam partem ferunt. ſin indefinitæ ſunt,æquas partes habent.l. quoties, 9. §. heredes,D.de hered.inſt. quod ſi cuius pars defecerit, qui cum aliis coniunctus eſt, eius pars ſoli coniuncto, eíque inuito, accreſcit.ſi non eſt coniunctus, tum omnibus pro partibus hereditariis accreſcit. l. liber, 59, §.cum quis,l.heredes,63.l.ſi ita quis,66.D.de hered.inſtit.l.heredi, 32. l.qui ex duobus,53,§.1,l.ſi quis,55.D.de acq.hered. Cuius rei ratio perſpicua eſt: quoniam hereditas natura ſua indiuidua eſt:hereditas ius vniuerſum eſt: ne-

que pro parte acquiri, pro parte repudiari potest: neque quisquam pro parte testatus, pro parte intestatus potest recedere. nisi fortè miles sit, cuius iccirco in testamento ius accrescendi non est. l. si duobus, 37. D. de testam. mil. l. filius. 42, §. 1, D. de bon. libert. qui verò sine parte scripti sunt, neque inter se coniuncti habentur, neque inter ipsos ius accrescendi competit. l. item quod, 17, §. 1, D. eod.

Deinceps de legatis videamus: in quibus ius antiquum diligenter à Iustinianico separandum est. nam iure antiquo tripartita primum distinctio adhibebatur ex formulis, quemadmodum superius ex Caio & Vlpiano demōstrauimus: tum deinde bipartita, ex coniunctione, vel disiunctione. quarum de vtraque præcepta Vlpianus tradit tit. Regul. 24: itémque Caius lib. Inst. 2. tit. De legat. sed ita, vt ænigmata loqui videantur. Verba illius hæc sunt. *Optimum ius legati per damnationem est.* Quid est optimum ius legati? siue optimum legandi genus? nempe, vt constare inter omnes arbitror, quod plurimum legatario tribuit, quod est ad legatarij vtilitatem accommodatissimum: ac proinde quod heredi plurimum adimit, déque ipsius iure deminuit. Damnatio enim & damnum ab ademptione & quasi deminutione dictum est; ait l. 3, D. de damn. inf. eiúsque rei argumento est l. ciuitatibus, 122, §. 1, D. de legat. 1. cum similib.

Quod cùm ita sit, quid est quod Vlpianus illo loco sic scribit? *Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur: & non capientis pars in hereditatem remanet.*

Non

Non enim & optimum legati ius eſt per damnationem, & plurimum heredi relinquit. Quæro præterea, quid ſit quod his exponit verbis? *Si duobus eadem res per vindicationem legata ſit, ſiquidem diſiunctim, ſingulis in ſolidum debetur.* Nam hoc perſpicuè falſum eſt: cum Imperator in d.l.1, §.ſin autem, ſolius hoc per damnationem legati proprium eſſe affirmet, vt ſingulis ſolidum debeatur, hoc eſt vni res, alteri pretium: in vindicationis autem legato ſuam tantum cuique partem deberi. *Sin autem*, inquit, *diſiunctim fuerit relictum, ſi quidem omnes hoc accipere voluerint, ſuam quiſque partem pro virili portione accipiat: & non ſibi blandiatur, vt vnus quidem rem, alij autem ſinguli ſolidam eius rei aſtimationem accipere deſiderent: cum huiuſmodi legatariorum auaritiam antiquitas in vno tantummodo legati genere* (hoc eſt per damnationem) *ſuſceperit: in aliis reſpuendam eſſe exiſtimans.* Quod eodem modo Caius ſupradicto loco ita tradidit: *Vt ſi diſiunctim per legatum damnationis relicta fuerit, ſingulis integra debeatur: id eſt, vt vnus rẽ ipſam accipiat, alij æſtimationem rei ipſius ab herede percipiant.* At de legato vindicationis quid dixit? *Si per vindicationem*, inquit, *vna res multis* diſiunctim *legata ſit, & ſinguli hanc ipſam rem præſumere velint, æquales ſinguli de re legata capient portiones.* Tametſi tota hæc regula alieniſsimo loco apud Caium poſita, poſt ſuperiorem de damnatione locum reſtituenda eſt: vt cuiuis facilè eſt ex ea quam demonſtrare inſtituerat diſtantia cognoſcere. Quinetiam hoc ipſum de damnationis legato paucis interiectis verſibus inculcans: *Prace-*

ptionis legatum, inquit, *etsi coniunctim aut disiunctim relinquitur, omnibus vna res tantum quæ nominata est, debetur, non vni res, & alij æstimatio: sicut in legato damnationis est constitutum*: id est sicut in legato damnationis obseruatur. Quid igitur dicemus? Fœdissimum scilicet apud Vlpianum incogitantia librarij, mendum irrepsisse: & priore loco pro *VINDICATIONEM* reponendum *DAMNATIONEM*: posteriore verò *Damnationem*, pro *Vindicationem*. Id quod planissimè hoc modo demonstrabimus. *Si duobus eadem res per damnationem legata sit*, inquit Vlpianus, *si quidem disiunctim, singulis in solidum debetur.* Quòd idem superius & ex Imperatoris & ex Caij verbis apertissimè comprobauimus. tantúmne? imò etiam ex ea regula, quam Vlpianus initio tradiderat, *Optimũ legati genus esse, per damnationẽ.* quomodo? quoniã heredi plurimũ adimitur, legatario plurimũ tribuitur. quo nihil aut verius, aut ad hãc emendationẽ aptius dici aut excogitari potest. documentũq; habet apertissimũ in l. si pluribus, 44, §. 1, D. de legat. 2. & l. quid ergo, 53, §. si quis duos, De legat. 1. quinetiam Imperator hoc ipsum ius retinuit, si modò testatoris hoc fuisse consilium apertè intelligatur. *Ni testator* (inquit) *apertissimè & expressim disposuerit, vt vni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur.* in quam sententiam Tribonianus Pauli locum inflexit & cõtorsit apertissimè in d. l. si pluribus, 33, D. de legat. 1. vt facilè est iis qui veterum Iurisconsultorum & ipsius stylum internoscunt, animaduertere. nam ceteris, qui Bœotico ingenio sunt,

ſunt, hæc non traduntur. denique Pōponius idem euidenter affirmat in l. qui duos, 13, §. 1, D. de legat. 2. & Iulianus in l. non quocunque, 82, §. qui Caium, D. de legat. 1. itémque Vlpian. in l. ſi res mihi, 20, D. de legat. 3. item Celſus in l. duos, 14. D. de vſufr. leg. Atque hæc quidem de legato damnationis diſiuncto ſatis dicta ſint. Sequitur apud Vlpianum: *Si verò coniunctim, velut, Titio & Seio hominem Stichum do lego*: (vbi ſine dubio reponendum eſt *DATO*: quia modus hic per damnationem concipiendus eſt) *iure ciuili concurſu partes fiebant*. Quam ſententiam generaliter ita Celſus exponit: Coniunctim legari, hoc eſt, totum legatum ſingulis ab initio datum eſſe, partes autem concurſu fieri. l. coniunctim, 80. D. de legat. 3. quod idem Paulus confirmat in l. ſi pluribus, 33, l. huiuſmodi, 84, §. ſi Titio, D. de legat. 1. l. ſi quis, 7. D. de vſufru. accreſc. idémq; de legato præceptionis per rei coniunctionem relicto traditur in l. ſi fortidianum, 7. C. de legat. & ratio eſt æquiſſima: quia cōiuncti vnius loco habentur: ac proinde non plus omnibus pręſtandum eſt, quàm quantum vni pręſtaretur. l. planè, 34, D. de legat. 1. Sequitur apud Vlpianū: *Non cōcurrente altero, pars eius alteri accreſcit*. quę ſententia multis locis confirmatur. & æquiſsima ratione nititur, quam ſuperius oſtēdimus. primùm, quia quibus teſtator cōiunctim legat, ijs ſolidum ab initio legare intelligitur. d. l. cōiunctim, 80, De leg. 1. deinde, quia cōiuncti vnius loco habentur: ac proinde queādmodū nō plus duobus quàm vni debetur, ita viciſsim nō minus vni quā duobus debetur. l. ſi duobus, 16,

§.vlt.l.ciuitatibus,122,§.1,D.de legat.1.l.pater,29, §.1,l.si duabus.40.l.mortuo,49,§.vlt.D.de lega.2. Hactenus de legato damnationis dicta sint.tametsi ne hoc quidem omittendum videtur, vbi côiuncti pars iccirco deficit,quoniam in eius persona legatum non constitit, nullum accrescendi ius esse.l.si duobus,16, l.planè,34.§.si coniunctim.D. de legat.1.l.si Titio,7.D.de legat.2.atque ita partem facere,qui tamen ad partē nō admittitur.d.§ si coniunctim:& l.huiusmodi,84,§.si Titio,D.de legat.1.

Sequitur,vt de legato vindicationis disseramus. *Si per vindicationem* (sic legendum esse superius diximus, & mox planius intelligetur) *eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur.* Quàm regulam Caius his cōfirmat verbis: *Inter legatum vindicationis & damnationis ista similitudo est, quod per legatum vindicationis siue damnationis, si coniunctim (id est, duobus aut pluribus) vna res in legato dimissa fuerit, in vtroque legato simul ab omnibus præsumitur.* Imperator autē æquitatem his ostendit verbis:quia coniuncti propter vnitatem sermonis quasi in vnum corpus redacti sunt,d.l.1,§.hoc ita.sed planius Celsus in d.l. coniunctim,80,D.de legat.3. Quare sequentia videamus: *Et non capientis pars iure ciuili in hereditate remanebat.* Quod certè cuiusmodi sit,assequi coniectura non possum.nam ad damnationis quidem legatum referri non posse, superius satis planè satisque copiosè demonstrauimus. De vindicationis quoque legato testimonia extant sole ipsa clariora in l.1,§.sin verò,C.de cad.toll. l.Mæuio, 41, D.de

D.de lega.2.l.si seruo,31,D.de statulib.l.Titio,34, cum ll. seqq. in quibus de hoc ipso vindicationis legato tractatur,D.ad leg.Aquil.l.1,§. pen. & l.si quis,7,De vsufr. accresc. Quid igitur statuemus? nempe hoc ipsum,quod iam ab initio monuimus: discrepantes inter se Iurisconsultorum hac de re sententias fuisse: & Vlpianum eorum opinionem secutum esse,qui partem legati per vindicationem deficientis heredi relinquebant : quasi melior esset heredis in hoc genere conditio,quàm in legato damnationis : quod & heredi plurimum adimit,& legatario plurimum tribuit.Quare superest,vt reliqua Vlpiani verba exponamus. *Quod si disiunctim*,inquit,*singulis in solidum debetur*.in quo dubitandi caussa nulla est, quin à reliquis Vlpianus non dissenserit : quorum aliquanto ante sententiam hanc fuisse docuimus, vt singulis partes singulæ deberētur.Nam idem alio loco suam sententiam in eam partem accipi velle ostēdit,si modò testator non communicandi,sed solidi vtrique legandi consilium habuerit.l. si res mihi,20,D.de legat.3. quam eandem aliorum quoque Iurisconsultorum mentem fuisse Imp. non obscurè profitetur in d.l.1,§.sin autem. & in l.si pluribus,33. D. de legat.1.His igitur ita constitutis,deinceps illud animaduertendum est,plurimi referre,vtrum cōiuncti omnes vno eodémque modo, an alij vno, alij altero modo coniuncti sint.nam inter eos omnes qui eodem modo coniuncti sunt,ius accrescendi competit æquabiliter,pro portionibus scilicet hereditariis.quippe, cum solidū illis ab initio tacitè relictum intelligatur. d. l. coniunctim, 80.

D.de legat.3.Inter eos verò quorum alij vno, alij altero modo coniuncti sunt, qui re & verbis coniuncti sunt, ijs qui re tantùm coniuncti sunt præferuntur, potiorésque habentur, vt soli deficientis socij partem obtineant. quasi qui coniunctiores sint, & in vnum corpus coacti. d.l. 142. Pars autem eius qui re tantùm coniunctus est, deficiens iis pro portionibus hereditariis accrescit.l.liber,59.§.3,D.de hered.instit.l. Mæuio, 41, D.de legat.2. Primus & Secundus heredes sunto. Tertius heres esto. Nō fient tres partes æquales.sed Primus & Secundus in vnum semissem cogētur. alter Tertio relinquetur.l.Attius,11.d.l. liber,59.§.Titius,De hered.instit.l.7,D.de vsufr. accresc. Ergo Primo vel Secundo deficiente quadrans Primi soli Secundo, vel quadrans Secundi soli Primo accrescit.l.heredes,63,D.de hered.instit.quod idem de substitutione iuris est.l.coheredi,41,de vulg.substit. Et huc referendum est ius illud accrescendi,quod filiabus aut nepotibus pręteritis antiquo iure concedebatur.de quo Imper.§.1,De exhered.lib.Vlpia.tit. Regul.22.Paul. sentent.3,tit.4. vt si plures extranei sint instituti, filia præterita, tamē quasi tacitè instituta in semissem instituta intelligatur.quasi illi re & verbis cōiuncti,hęc verbis tantum disiuncta sit.quòd si filij instituti,filia præterita sit,partes illis viriles auferet.quasi propter tantam familiæ vnitatem & re & verbis fratribus coniuncta fuerit.

Reliquum est, vt videamus quid intersit inter ius accrescendi,quod in proprietate,& illud quod in vsufructu cōtingit. Primum igitur illud inter-

est

est, quod in proprietate tum demum admittitur, cùm alter non concurrit. In vsufructu, vtroque casu, siue alter non concurrat, siue alter concurrere desierit. l. 1, §. 2, De vsufr. accresc. Itaque in vsufructu ius accrescẽdi propriè vereq; dicitur: quoniam pars semel alteri quæsita tamen eius morte ad socium accedit. in illa autem ius non decrescẽdi verius appellatur. nam in proprietate posteaquam concursum est, spes omnis accrescendi sublata est: at in vsufructu etiam posteaquam concursum est, & socius partem tulit, tamen accrescẽdi spes est. Eius enim morte vsusfructus nõ vel ad testatoris, vel ad ipsius mortui heredem, sed ad socium alterum fructuarium accedit. d. l. 1, §. 2, & Paul. lib. 3. tit. 6. §. cùm coniunctim. Secunda differentia est, quod proprietarius suam partem non habens ius accrescendi nõ habet. l. si totam, 83, De acq. hered. fructuarius quanuis suam partem non habeat, accrescendi tamen ius habet. l. si Titio, 10, De vsuf. legat. l. si Titio, 33. §. vlt. D. de vsufr. vbi ratio hæc profertur: quoniam in proprietate portio accrescit portioni: sicut alluuio accedit fundo. at cùm vsusfructus sit personalis, non portioni, sed personæ accrescit. l. & an eadem, 14. §. 1, D. de except. rei iudic. Tertia differentia est, quòd portio proprietatis semel acquisita, & pòst amissa alteri non accrescit, portio vsusfructus accrescit. d. l. 1, §. 2. vbi ratio hæc profertur: quia vsusfructus quotidie constituitur, & legatur. quippe, qui in quotidiana perceptione consistit. l. 1, D. quand. dies leg. ac proprietas eo solo tempore constituitur, quo vindicatur. d. l. 1, §. 2. Itaque si coniun-

Aa

ctim duobus vsusfructus legatus sit, vno mortuo vsusfructus eius non ad proprietarium redibit, sed ad alterum in solidum pertinebit: vt ait Paul. Sent. 3. tit. 6. §. cum coniunctim. quod idem Vlpianus de vsufructu seruo communi legato respondit in d. l. 1, De vsufr. legat.

FINIS.

EX AFRICANO, LIBRO NONO Quæstionum.

FRATER à fratre, cùm in eiuſdem poteſtate eſſent, pecuniam mutuatus, poſt mortem patris ei ſoluit. quæſitum eſt, an repetere poſsit. Reſpondit, vtique quidem pro ea parte qua ipſe patri heres extitiſſet, repetiturum: pro ea verò qua frater heres extiterit, ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perueniſſet. Naturalem enim obligationem quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quòd peculij partem frater ſit conſecutus. adeò vt ſi prælegatum filio eidémque debitori id fuiſſet, deductio huius debiti à fratre ex eo fieret. idque maximè conſequens eſſe ei ſententiæ, quam Iulianus probaret: ſi extraneo quid debuiſſet, & ab eo poſt mortem pa-

tris exactum esset, tantum iudicio eum familiæ erciscundæ reciperaturum à coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur & si re integra familiæ erciscundæ agatur, ita peculium diuidi æquum esse, vt ad quantitatem eius indemnis à coherede præstetur. porrò eum quem aduersus extraneum defendi oportet, longè magis in eo quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.

FRANC. HOTOMANI
Iurisc. in eandem Africani legem vetus renouata disputatio.

QVODEVIGINTI iam anni sunt, cùm in hāc legem scripsi videri mihi mendum irrepsisse fœdissimum: modestéque (vt mea natura & consuetudo semper tulit) sententiam illam meā exposui. Pòst etiam anno M.D.LXIIII, cùm essem Valentiæ, commentationem eandem retractaui nouísque aliquot argumentis sententiam illam meam veterem confirmaui. Ac sperabam fore, v siquis vir doctus eam emendationem improbare vellet, disputationem suam eadem qua vsus eram mode-

modestiâ, literis mandaret: meámque opinionem placidè & sedatè refelleret. nõ enim de iuris sententiis, tanquam pro aris & focis, vt opinor, dimicamus. Nunc verò ab aliquot amicis sum admonitus, reprehensionem quidem illius libelli mei nuper editam fuisse: sed valde contumeliosam, atque à Iurisconsultorum ratione & instituto planè abhorrentem. Itaque rursus illam Africani legem in manus sumpsi, publicéque nuper interpretari volui: & communicato cum amicis consilio, quoniam mihi visus sum perspicere, verissimam illam meam esse sententiam, tertiam hanc illius legis tractationem diuulgare institui: vt quoniam voluntarius mihi aduersarius exortus est, eruditi viri (quorum iam magna copia est) nostræ huius contentionis arbitros se interponant. Nam ad me certè quod attinet, paratum me profiteor, vbi sententiam meam certis testimoniis cõuictam animaduertero, de illa desistere: & eruditorum Iurisconsultorum iudicio stare. in quibus ne Franciscum quidem Roaldum eruditissimum virum recuso: atque adeò propter singulare animi mei de ipsius integritate iudicium, huius controuersiæ arbitrum fero: ea tamen lege, vt veteris præcepti meminerit, & cùm arbitri personã susceperit, amici deponat.

Summa autem quæstionis hæc est: An & quatenus quod frater fratri naturaliter debitum post patris mortem dissoluit, tanquàm indebitum cõdicat. Principio propter quæstionis subtilitatem triplex adhibenda præmunitio est. Nam mirum est, eos qui facillimam, hanc legem esse scri-

bunt, tamen tres totas paginas in præmunitionibus consumere. Nostrarum igitur hæc prima est, *Inter eos qui eiusdem familiæ sunt naturalis tantùm obligatio contrahitur*.l.actiones,7,D.de obl. & act.l.4, D. de iudic.l.naturalis, 10, D. ad Maced. Est autem naturalis obligatio, quæ cùm iure ciuili destituatur, naturali æquitate, id est, æqui boníque ratione, sola sustinetur.l.Stichum,95,§. naturalis,D.de solut.l. si quod. 64, D. de cond. indeb. Quo loco illud obiter notandum est, quanuis filiifam. ex contractibus cum extraneis factis, non modò naturaliter, verumetiam ciuiliter & obligent, & obligentur:l.filiusfam.39, D. de obl. & act.l.tam ex contractibus.57,D.de iudic.l. si id quod.58,§. 2, D. pro soc.tamen ipsos inter se naturaliter tantùm obligari. vt paulò pòst planius intelligetur. Sequitur secunda, *Naturalis obligationis hæc vis est, vt cùm ad retentionem, tum ad compensationem valeat*.l.naturaliter.13, & l. iudex. 28, D. de cond. indeb.l. etiam. 6, D. de compens. Sequitur tertia, *Peculium tum profectitium, tum aduentitium, iure ciuili cum hereditate paterna permiscetur*.l.certum,13, C. famil. ercisc.l.filiæ,12,C. de collat.qua de caussa res in peculium concessa, patre mortuo efficitur hereditaria.l. emptor,65,§. 1, D.de rei vind. Cuius rei hæc ratio est, quoniam cùm peculium non dicatur nisi eorum qui in aliena potestate sunt, sequitur vt ea potestate perempta peculium perimatur.l.paterfa.182,D. de verb. signif. l. vlt. in fin. C. de inoff. test. sicuti morte filij aut serui, emancipatione filij, & manumissione serui peculium esse desinit.l.1, & l. vlt. D. quan-

quando.de pec. act.§.1, Quib.non est permiss.§.1, Per quas pers.

Nunc caussæ constitutio videnda est. Duo fuere filiif. fratres, Primus & Secundus: quorum vterque in peculio centenos habuit aureos. Primus à Secundo quinquaginta mutuatus est. Pòst pater moritur, cui fratres illi æquis ex partibus succedunt. Hi cùm paternam hereditatem inter se ipsi pinguius nullo adhibito arbitro diuisissent (velut in l.cùm putarem,36,§. vlt.famil. ercisc.) Primus datam Secundo fidem seruare voluit, eíque quinquaginta aureos dissoluit. Pinguius autem diuisam inter illos hereditatem iccirco dicimus, quoniam si familiæ erciscundæ adhibitus arbiter fuisset, reputationis & deductionis rationem habuisset.animaduertisset, inquam, & in peculio fratris creditoris, id quod ei naturaliter debebatur, computandum:& ex illo debitoris, quod ipse naturaliter debebat, deducendum. l. quàm Tuberonis,7,in fi.l.sed si,9,§.1, D. de pecul. l. si peculium, 6, §. sicut.l.denique,8, §. 1, D. de pecul. leg. Cuius rei ratio si habita fuisset, nihil prorsus controuersiæ superfuisset. neque enim tam amens Primus fuisset, vt pecuniam semel solutam, iterum dissolueret. Verùm vt hoc per incuriam & errorem non animaduerterit, parui refert. Illud summè attendi oportet, cùm permixtum vtriusque filij peculium in paterna hereditate fuisset, vterque autem æquis ex partibus heres extitisset, tum accidisse, vt Primus è peculio Secundi (quod, vt diximus, quinquaginta aureorum erat) vigintiquinque

auferret : viciſſim autem Secundus è peculio Primi (quod centum fuiſſe diximus) quinquaginta. Nam (vt iam teſtati ſumus) nullam quinquaginta aureorum quos Secundus Primo crediderat, duci rationem oportet, quaſi apud Primum periiſſent, neque in eius peculio patre moriente reperti fuiſſent. Cùm enim Africanus dicat naturalem Primi obligationem poſt patris mortem manſiſſe, perſpicuum eſt illam ſummam in patris hereditate confuſam non fuiſſe. nam ſi confuſa fuiſſet, Secundus eã percepiſſet: atque ita ſibi vterque cẽtenos ſuos peculiares aureos recepiſſet. Hęc igitur cùm ita eſſent, Primus fidem (vt dixi) ſeruans quinquaginta aureos fratri diſſoluit. Aliquanto pòſt de iure ciuili admonitus, quo debitæ inter filiosfa. pecuniæ exactio nulla eſt, repetere pecuniam illam tanquam indebitè ſolutam inſtituit. Quæſtio eſt, an poſſit. Dubitandi cauſa eſt, vt non poſſe videatur, defenſio Secundi, quoniam naturalis obligatio ad retentionem valet, vt paulò antè diximus: id eſt, naturale debitum per errorem ſolutum retineri ab eo cui ſolutũ eſt, poteſt: propter æquitatem naturalem. l. hoc iure, 29, §. 4, D. de donat. l. naturales, 10, D. de obl. & act. Cõtrarium tamen Africanus reſpondit. Primum videlicet quinquaginta ſolutos fratri per errorem aureos repetiturum. hac nimirum de cauſſa, quoniam Secundus eos iam antea ex Primi peculio perceperat. nam (vt à poſteriore primùm ordiamur) pro qua parte Secundus patri heres extitit, cuius in hereditate confuſum Primi peculium fuerat, è Primi peculio quinquaginta aureos abſtule-

ſtulerat.Cùm autem obligatio naturalis etiam ad compenſationem valeat (vt ſuperius dictum eſt ex l.6, D.de compenſ.) æquum eſſe vt illa quinquaginta ei in ſolutionem imputentur, & cum eo quod Primus Secundo debuerat compenſentur: hoc eſt, vt eatenus naturalis obligatio tollatur, quatenus Secundus è Primi peculio conſecutus eſt.Ita diſceptatio ex contraria æquitate cõſtat:ſicuti videmus in l.ſi ſeruus, 61, §.quòd verò, D.de furt.æquitatem cum æquitate contendere. Nam quemadmodũ Secũdus naturali æquitate pugnat, ita Primus eadẽ ſe æquitate tuetur. Naturalis autẽ obligatio ſicut æquitate ſola contrahitur, ita æquitate ſola diſſoluitur:id eſt, iis modis omnibus qui naturali æquitati conſentanei ſunt. d.l.ſtichũ, 95, §.naturalis, D.de ſolut. Atq; hoc nimirum eſt quod ait Africanus, *Pro ea verò parte qua Secũdus frater heres extitit, ita repetiturum Primũ, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem Secundum peruenisſet:* vbi ſubaudiendum eſt, *quàm quantum ei naturaliter debebatur.quod in propoſita ſpecie vſuuenit.* Quibus ex verbis duo nobis ſingulariter notãda ſunt: primùm, Eatenus naturalem filij obligationẽ extingui, quatenus naturalis ipſius creditor ex eius peculio conſecutus eſt.nam id etiam in patre creditore valere, poſterius intelligetur ex §.quæſitum: & dilucidè traditur in l.ſi noxali, 11, in fi. princ.D.de pecul.Deinde notandũ eſt, quod ſuprà diximus, quanuis filiifam.ex cõtractibus cum extraneis factis etiam ciuiliter obligent & obligentur:tamen inter ſe nõniſi naturaliter obligari. nã ſi ciuilis poſt patris mortem manſiſſet obliga-

tio, dubitãdi caussa nulla omnino superfuisset. Verùm hîc alia subsequitur quæstio: Quantum igitur Primus sit repetiturus: vtrum integra quæ dissoluit quinquaginta, an eorum partem dũtaxat. Hîc illud meminisse oportet, quod suprà dictum est: quia Primus è Secundi peculio vigintiquinq; abstulerat, consentaneum esse, Primum tantundem Secundo imputare, & cum eo quod nimiũ soluit, compensare. Quare vt si attentus ad suum negotium Primus fuisset, XXV tantùm Secundo reddidisset: ita nunc errore admisso, XXV tantùm repetet: atque ita sua vtrique fratri peculij sui ratio constabit. nam sicuti ante mutuum datum vterque centenos in peculio aureos habuit, ita post mutuum dissolutum tantundem vterque habebit: vt vel Archimedes melius describere non poterit.

Veniamus iam, ὕστερον πρότερον ὁμηρικῶς, ad prius caput, pro qua parte Primus patri heres extitit. In quo quæro, cùm illa superiore ratione commodissimè vtrique satisfactum fuerit, quo iure, Primus præter illos XXV quos iam repetiit, repetere quicquam amplius possit. Et tamen in vulgatis libris omnibus ita legitur: *Vtique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturũ.* Quare pristinam meam sententiam retineo, quam annis abhinc XX diu multúmque cum eruditissimo viro Ioanne Lautrecio Sangermerio, Senatore Tholosano communicatam, vehementer illi probaram, & aliquanto pòst edito libello promulgaram: vt particula NON interponatur: itáque locus restituatur: VTIQVE NON REPETITVRVM.

Nam

Nam vſitata Iuriſconſultorum locutio eſt Vtique pro Certè. Vt in l. ſi pro parte, 10, §. 2. D. de in rem verſ. Sed ſi non ſint promiſſę, vtique non debebũtur. Et has duas voces VTIQVE NON plerunque cõiũgi, teſtimonio ſunt. l. item apud, 15, §. ſiquis, 27, D. de iniur. l. 5, §. 2, eod. l. 4, D. vti bon. capt. l. ſi ſeruus, 61, §. vlt. D. de furt. l. 1, §. dies autem. D. quand. appell. ſit. l. 1, D. de iur. delib. AT NON VTIQVE idem valet quod Non continuò. vt apud Pomponium in l. cùm plures, 72, D. de euict. Non vtique alter alterius fundus pars videtur eſſe. Item, Non vtique prohibebitur emptor venditorem conuenire. Quintil. lib. 5. Sol colorat. non vtique qui eſt coloratus, à ſole eſt. Quòd ſi vſitatam ſcripturam retineremus, duo valde abſurda conſequerentur. primum, vt Secundus XXV minus haberet, quàm quantum illi æquitas naturalis peculij ſui nomine attribuit. Primus autem XXV amplius in peculio ſuo haberet, quàm quantum illi ęqui boníque ratio permittit. Etſi enim peculium morte patris extinctum eſt, tamẽ in hac tota naturalis obligationis ratione conſideranda, quę inter fratres contracta fuerat, ſolius æquitatis naturalis ratio habenda eſt: quippe quæ in iis ſola dominatur: vt ait l. ſiquod, 64, D. de cond. ind. d. l. ſtichum, 95, §. naturalis, & l. ſi noxali, 11, D. de pecul. Alterũ abſurdũ ac propè flagitioſũm ita licebit animaduertere. ponamus Primum nihil in peculio habuiſſe. Secundum illi quinquaginta credidiſſe. Poſt patris mortem Secundus è Primi peculio nihil auferet: ac proinde nulla ex parte naturalis obligatio tolletur. Qua fronte igitur Primus

hoc casu repetere quicquam auderet? Denique vt nostram caussæ cõstitutionem retineamus,& ponamus Primum in peculio centum habuisse, quo iure audebit, quod bona fide sibi creditum bona fide persoluerit,repetere?præsertim pro parte qua patri heres extitit. Nam illo respectu qua tandem in parte compensatio induci poterit? Sed ad reliquam Africani disputationem pergamus.Nam vbi eam κατὰ πόδα exposuerimus,tum vnde vulgaris error natus sit,aperiemus, & simul cuiusmodi aduersariorum obiectiones sint, considerabimus.

Seq.versiculus, *Adeò vt si*,&c. vbi hæc quæstio proponitur: Ex peculio fratri à patre prælegato an alter frater quod sibi debebatur deducat. Primus in peculio c habuit. Idem Secundo xx debebat. Pater moriens primo debitori Secundi suum peculium prælegauit:velut in l.si peculium, 20,& pass.D.de pec.legat. Patre mortuo quæritur, an Secundus creditor x x sibi debita deducere de Primi debitoris peculio possit. Dubitandi caussa est,quoniam peculium morte patris interit:vt suprà dictum est. quinetiam vt non extingueretur, tamen Primo totum prælegatum est. Contrà tamen Africanus respondet:quoniam etsi morte patris peculium extinguitur, tamen naturalis obligatio peculiaris patriæ potestatis interitu non extinguitur: sed post patris mortem durat:sicuti de emancipatione traditur in l.eas,8,D. cap. minut. neque enim iuris ciuilis argutiis obligatio naturalis labefactatur: sed naturali æquitate,id est,boni æquiq; ratione,sustinetur. d.l.8,& d.l.stichum, §. naturalem. l. non amplius, 84, §. 1, De regul. iur.

iur. Quorſum igitur hęc diſputatio? nõ vſquequaque certè ad ſuperiorem quæſtionẽ. ſed tamen vt ex ea intelligitur, primùm naturalem obligationẽ per patris mortem non extingui, quod ad ſuperiorem quæſtionem pertinet: deinde illud ſubaudiendum eſt, quod hîc non exprimitur, Si Secundus è Primi peculio partem abſtuliſſet (quemadmodum in caſu ſuperiore vſuuenit) tum nihil eum deducturum fuiſſe: quoniam naturalis obligatio pro qua parte peculium participaſſet, ſublata fuiſſet. Quod autem video eſſe, qui verba illa FILIO EIDEMQVE DEBITORI, ſic interpretantur: *De filio loquitur, cui alter filius mutuam pecuniam dedit: & cuius filius dicitur, eiuſdẽ debitor dicitur*: hoc cuiuſmodi ſit ſatis intelligere non poſſum. Nam debitorem filium alterius filij creditoris reſpectu appellari, quis non videt? præſertim cùm modò dixerit, naturalem obligationem manere inter fratres poſt patris mortem. nam ſi obligatio eſt, certè alterum debitorem, alterum creditorem eſſe oportet. l. fideiuſſor, 16, §. 2, D. de fideiuſſ. Quinetiã hoc ex loco perſpicuum eſt, naturalem fratrum obligationem neque patris morte perimi, neque hereditatis ipſius immixtione confundi. nam ſi nulla obligatio ſuperfuiſſet, vnde deducendi facultas competiiſſet?

Seq. verſic. *Idque maximè*, &c. Qui verſiculus non ad proximam, ſed ad ſuperiorem quæſtionem referendus eſt. Quod dictum eſt, inquit, de participatione peculij, quæ perimendæ obligationis vim obtinet, conſequens (id eſt, conſentaneum) eſt Iuliani ſententiæ: vt ſi filiuſfam. aliquid

extraneo debeat,& post patris mortem extraneus non aduersus singulos coheredes pro rata percepti peculij egerit,sed totum ab ipso filio exegerit, tum vt filius iudicio familiæ erciscundæ tantum à coheredibus recuperet, quantum ab ijs creditor actione de peculio consequi potuisset. l. his consequenter,18,§.si filius,D.famil.erciscund. Quæstio igitur erat: An filius à quo creditor extraneus debitum integrum post patris mortem exegerat, pecuniam à coheredibus pro rata recuperet. Dubitandi caussa est,quia peculium morte patris interit. Contrarium tamen respondetur: quia quanuis peculij nomen interierit, tamen coheredes qui è filij peculio partem adepti sunt,ex bono & ęquo ipsi obligati sunt. Qua ex re quorsum hęc sententia pertineat, intelligitur. nam si coheredes filio ex ipsius peculij participatione etiam ciuiliter obligantur: multo magis obligatio Primi,pręsertim naturalis tantùm, ob partem peculij à Secundo perceptam extincta fuerit. quemadmodum dici solet,multo faciliùs liberationem, quàm obligationem contingere. l. Arrianus,47,D. de obl. & act.

Seq. versic. *Igitur si re*, &c. Hoc cùm ita sit (inquit Africanus) si re integra, id est,prius quàm filius debitor extraneo creditori satisfecerit, familiæ erciscundæ inter coheredes agatur, ita peculium fratris diuidi inter coheredes fratres æquum est, vt is qui fratris peculium communicari vult, caueat se indemnem illum præstiturum, vsque ad quantitatem eius partis, quam è peculio percepturus est. l. si à pluribus,107,D. de legat. 1. Quare quæstio

quæstio hæc fuit: An is cuius peculium coheredes participant, ab iis vt se indemnem creditori suo pro rata participationis præstent, petere possit.

Seq. in textu: *Porrò eum quem*, &c. Argumentũ est ex minoris comparatione: Si qui peculium fratris participat, aduersus extraneum indemnem illum præstare debet, vt frater pro rata suum peculium recuperet: multo magis aduersus seipsum, & præsertim re integra, id facere cogitur. arg. l. qui negotia, 31, D. mand. l. cùm hereditas, 59, D. de admin. tut. l. cùm in eo, 44, D. de pact.

Seq. §. *Quæsitum est*, &c. vbi quæstio hæc proponitur: An quod naturaliter debitum filius emancipatus patri dissoluit, repetere possit. Dubitandi caussa peruulgata est, quoniam regulariter indebita per errorem soluta condictione indebiti repetuntur. l. 1, & pass. D. de cond. indeb. Cõtrarium tamen respondetur, Adhiberi distinctionem oportere: Vtrúmne pater aliquid ex peculio retinuerit, ánnon. Siquid retinuit, iam suprà demonstratum esse, naturalem obligationem eatenus extingui, quatenus creditor ex debitoris peculio consecutus est. Idémque perspicuè traditur in l. si noxali, 11, D. de pec. vbi si filiusfam. à debitore paterno aliquid exegit, & pater id de peculio deducit, filiusfa. naturali obligatione liberatur. Est autem, inquit, natura æquum liberari filium obligatione: propterea quod pater de peculio deducens, videtur in illud debitum exegisse. Sin autem nihil pater retinuit, nihil repetiturum: quoniam naturalis obligatio per emancipationem nõ tollitur. d. l. 8, D. de cap. min. non magis quàm

per manumiſsionem.l.ſerui, 14, D. de obl.& act. l.naturaliter,13. l. ſi quod, 64, D.de cond.indeb. quippe,cùm vt ciuilia ciuilibus tantùm, ita naturalia naturalibus tantùm modis diſſoluuntur, d.l. 8,& §.vlt.De leg.agn.tut.

Seq.in textu,*Nam manere naturalem*, &c. Probat naturalem inter filium& patrem obligationẽ etiam poſt emancipationem manere: niſi quid ex peculio apud patrem remanſerit. quoniam ſiquid filiuſfam.extraneo debuiſſet, & cùm filiusfam. emancipatus eſſet, extraneus aduerſus patrem actionem de peculio intendiſſet, pater quod ſibi filius debuiſſet, deduceret. quoniam etſi patriæ poteſtatis interitu peculium interit, tamen contrahendæ obligationis tempus inſpicitur.l.vlt. D. de ſtipul. ſer. l. id quod, 19, §. vlt.D. de pecun. conſt.

Seq.verſic. *Contrà ſi pater*, &c.Quæſtio eſt, An quod pater naturaliter filio debitum eidem emancipato ſoluit,repetat. Dubitandi & reſpondendi cauſſa eadem eſt quæ in caſu ſuperiore: quo màgis illa ſententia confirmatur,naturalem obligationem ſublata patria poteſtate neque ex patris,neque ex filij parte interire.d. l. 8, D. de cap. min.

Seq.verſic.*Nam hîc quoque*, &c. Cuius quæſtio eſt, An extraneo intra annum agente patris debitum in peculio computetur. Filius peculium habebat LXXX aureorum. Pater ei XX debebat. Idem ille filius extraneo centum debebat. Cùm emancipatus à patre fuiſſet, quæſitum eſt, an ex-

traneus petere à patre centum integra poſsit. Dubitandi cauſſa eſt, quoniam pater ſupra vires & ſummam peculij non tenetur. §. actiones, & §. ſunt præterea, 34, Inſt. de act. Contrarium tamen reſpondetur, quia quæ pater naturaliter filio debuit, in eius peculio numerantur. l. 7, §. 3, D. de pecul.

Supereſt verſic. *Eadémque erunt*, &c. Cuius hęc quæſtio eſt, An quod extraneus heres filio naturaliter à patre debitum, eidem exheredato diſſoluit, repetere ab ipſo poſsit. Pater qui x filiofam. debebat, illo exheredato extraneum inſtituit. Hic filio decem illa diſſoluit. quæritur an repetere poſſit. Dubitandi cauſſa eſt, quoniam actione nulla cogi ab illo filio poterat: ac proinde ſoluiſſe indebitum videbatur. Contrarium tamen reſpondetur: primùm, quia naturalis obligatio vt per emancipationem, ſic neque per exheredationem extinguitur. l. 3, §. ſed vtrum, D. de minorib. deinde, quia heres ille extraneus participatione peculij naturalem patris obligationem in ſe ſuſcepit.

RESTAT, vt quibus ex fontibus peruulgatus error natus ſit, demonſtremus. nam cùm in l. placet, 79, D. de acq. hered. ſcriptum eſſet, hereditatem filio quæſitam, confeſtim patri acquiri: Accurſius & eum ſecuti Doctores omnes ratiocinati ſunt, non modò ciuilem, verumetiam naturalem obligationem patri quoq; acquiri. cùm autem Primus patri heres extiterit, aditione hereditatis creditoris confuſam obligationem extingui. l. Stichum, 95, §. aditio, D. de ſolut. Hæc ego (pace

doctorum hominum dictum sit) valdè ab hoc proposito nostro aliena esse arbitror. Fieri potest vt fallar: & quemadmodum errare, humanæ imbecillitatis adiunctum est: ita nimium opinioni suæ confidere, & petulanter alios lacessere, superbiæ, stultitiæ, & temeritatis. Sed Iurisconsulti officium est in rem scribere, non in personam. Itaque quantumuis contumeliosè lacessitus, modestè tamen vt potero respondebo. Primùm, quod dicitur ius filio quæsitum patri acquiri: totum ex iuris ciuilis fictionibus, argutiis & subtilitatibus manauit: quibus personæ omnes quæ eiusdem familiæ sunt, pro vna numerantur. l. si quis, 56, §. 1, D. de fideiuss. l. si Pamphilo, 10, D. de opt. leg. quibus filij, qui libertinus effectus est, mater esse desinit. l. 2, D. ad Tertyll. quibus filius post emancipationem, extraneus: seruus post manumissionem, alius homo numeratur. §. 3, de hered. qual. l. seruus, 27, D. de adim. leg. l. qui res suas, 98, §. vlt. D. de solut. At in obligationibus naturalibus nudum & simplex factum (quod à fictione abhorret) consideratur. l. nec seruus, 41, D. de pecul. adeò vt ne ciuilis quidem liberatio naturalem obligationem extinguat. l. Iulianus, 60, D. de cond. indeb. Denique iure naturali omnes homines pares & æquales habentur. l. quòd attinet, D. de reg. iur. Quare cùm hîc de naturali iure & naturalibus obligationibus agatur, consentaneum est, eas naturaliter considerari, neque iuris ciuilis fictionibus locum permitti. l. si quod, 64, D. de cond. indeb. vt is demum qui credidit, naturaliter creditor: qui mutuatus est, naturaliter debitor numeretur. In eámque

que sententiam Seneca lib. de Benef. 5, Etsi filius meus, inquit, pecuniam mutuam sumpserit, creditori numerabo. nec tamen ego debuero. Dico me tibi obligatum pro filio: non quia sum, sed quia volo me offerre tibi debitorem volūtarium. Denique huius rei euidens argumētum est, quòd etsi filiusfam. ciuiliter possidere negetur: l. filius, 93, D. de acq. poss. & quę peculiari nomine apprehendit, confestim à patre possideantur: l. 4, D. eo. tamen, si naturale ius spectemus, filiusfam. possidet: neque illa naturalis possessio patri acquiritur. l. per seruum, 37. l. quòd seruus, 24, & l. possessio, 49, §. 1, de acq. poss. Ex quo perspicuum est, vbi de naturali iure tractatur, locum fictionibus ciuilibus non permitti. quod idem patet etiam ex l. heres, 21, §. 2, D. de fideiusso. vbi seruus naturaliter obligatus, si manumissus in naturalē obligationē suam fideiubeat, nihil agere dicitur. quoniam intelligi non potest, vt quis pro se fideiubeat. cùm tamen si ciuilem fictibnem spectaremus, iam non idem homo, sed alius dicendus esset. d. l. seruus, De adim. leg. Quod cùm ita sit, in illa nobili disputatione Pomponij l. 1, D. de resc. vend. An pacto solius patris venditio à filiof. facta resoluatur: vbi Pomponius contra Celsum affirmat filiū quoque obiter liberari: statuendum putarem, liberari quidem filium, sed ciuiliter tantùm, naturaliter autem obligatum manere. Similiter in l. si quis pro eo, 56, §. 1, D. de fideiuss. quod dicitur cùm filius à patre stipulatur, nec fideiussorem acceptum teneri: quia non potest pro eodem & eidem esse obligatus: non dubitarem, quin de ciuili obliga-

tione accipiendum esset, non autem de naturali: in quam etiam fideiussor acceptus obligatur. l.7, D.eod.eiúsque rei argumentum præbet l. planè, 12,cum l.præcedenti,D.eo. Secundum argumentum est,quòd si obligatio filij creditoris patri acquireretur, eadem fictione simul etiam obligatio filij debitoris ad illum pertineret,partim propter regulam l.secundum,10,de reg.iur.& l.vsuf.9,§.1, D.de vsuf.l.neque,13,D.de impēs.in res dot. partim etiam propter naturam relatorum. quod ab exemplis intelligetur. nam si frater societatem cum fratre contrahens patrem facit socium:etiam alter frater eundem suum patrem socium faciet. Item, si frater locans fratri, patrem facit locatorem,alter frater conducens,patrem quoque conductorem faciet.Denique in obligationibus contractis cum extraneis,hoc perspicuum est. Nam vt ex credito filij pater creditor efficitur: sic ex debito efficitur debitor.l.si filius,21, D. de damn. inf.l.mandati, 46, D. de negot. gest. At hoc in ipsorum filiorumf.contractibus inter ipsos factis, absurdum est. Nam isto modo pater vnius eiusdémque rei nomine simul & debitor & creditor existeret.quod neque rerum natura, neque ciuilis ratio patitur.l.heres,21,§.quòd si stipulator,D.de fideiuss.l.si id quod,21,D.de lib.leg.Qua de caussa confusio hæc appellatur.d.l.Stichum,95,§.aditio, D.de solut. Neque obstat quod modò diximus, patrem ex filij cum extraneo contractu posse, & creditorem & debitorem esse:id est, tum agere, tum conueniri actione de peculio posse. Nam id verum est diuersorum nominum & obligatio-

num

num & summarum respectu. At in casu nostro de vnico nomine & eadem summa quærebatur: cuius Secundus est creditor, Primus debitor: quæ contrariæ qualitates cadere simul in vnum eundémque non possunt. Idque argumentum valere volumus ad obiectionem, qua vteretur fortasse quispiam: per subiectas personas meliorem fieri cōditionem nostram posse, deteriorem non posse. l. melior, 133, D. de reg. iur. l. 3. in fi. Quod quisque iur. nam cùm pater filio peculij administrationem permisit, ex ipsius persona efficaciter æquè & obligatur & obligat. l. si pater, 12, D. quæ in fraud. cred. vbi filij creditores etiā patris ipsius creditores esse dicuntur. adeò vt ipsa mater cui filius debet, patrem ipsius filij maritum suum obligatum & debitorem habeat. l. si prædia, 58, §. 2, D. de donat. inter vir. & vx. Tertium argumentum est, quòd si quæsita filio naturalis obligatio patri quæreretur, pater ipse obligari nunquam posset. alioqui sibimetipsi obligatus videretur: contra l. cum filio, 11, De legat. 1. Passim autem traditur atque etiam hac ipsa lege, in §. quæsitum, confirmatur, patrem filio debere, & obligatum esse, adeò vt illa patris obligatio, etiam post emancipationem duret. Sed huic argumento video esse qui sic respondeant; *Imò acquiritur ipso iure: sed quandiu pater ea acquisitione non vtitur, id est, quandiu peculium manet apud filium, non intelligitur ei acquisita.* Quid audio? Patrem tandiu filio naturaliter non obligari, quandiu peculium apud filium esse finit: pòst verò naturaliter obligatum esse? hoc verò nimium perquam absurdū est. cùm

Vlp. in l. 6,§. ſicut, D. de pec. legat. tam apertè ſcribat, id quod dominus ſeruo debet ſerui peculium augere. item in l. 7,§.3,D. de pecul. Sed & id, inquit, quod dominus ſibi debet, in peculium habebit. Naturaliter ergo & pater filio & filius patri, & fratres ipſi inter ſe, manente peculio obligantur: contractáque naturalis illa obligatio ſublata poteſtate patria permanet: quanuis peculium interierit. l. 1,§.2,& l. vlt. D. quod cum eo. Deinceps altera obiectio videnda eſt. nam hîc occurritur ab amico noſtro, quē minimè ſuperbia decuit. Obiicit l. ſed ſi, 9, §. 1, D. de pecul. vbi tamen non animaduertit deſiderari vocem FRVSTRA, aut eiuſmodi quampiam: vt ſit, Huic definitioni fruſtra Seruius adiecit. cùm ita dicitur, peculiū olim definitum eſſe, deducto eo quod domino debetur: cui definitioni, Seruius ſummus definiendi artifex, & peritus Dialecticus, adiecit: *Etſi quid iis debeatur, qui in eiuſdem poteſtate ſunt*. Sed hoc quoque, inquit, Vlp. domino deberi, nemo ambigit: quaſi ſuperuacanea Seruij adiectio fuerit. Primùm ſi pro Seruio diſputare cum Vlpiano fas eſt, quæro vtrum naturaliter debitum iſtud æſtimetur, an ciuiliter? Si naturaliter, perſpicuè id falſum eſt. natura. n. ſeruilem conditionem non agnoſcit. l. quòd attinet, D. de reg. iur. Itaque illo iure tam debet dominus ſeruo, quàm hic illi. Sin autem ciuiliter, multo abſurdius. nam ciuiliter debitū inter ſeruos & dominos non dicitur. l. nec ſerui, 41, D. de pecul. l. fideiuſſor, 16, §. fideiuſſor, D. de fideiuſſ. Itaque mirum eſt Vlp. ipſum in l. 6, D. de pecul. leg. hanc Seruij adiectionem ſeruaſſe: *Siquidem,*

quidem, inquit, *nihil sit, quod seruus domino, vel conseruis liberisue domini debeat.* Sic Imperator, vel Caius potiùs, in §. cùm autem, 5. Quod cum eo qui in al. *Cùm autem quaeritur*, inquit, *quantum in peculio sit, antè deducitur, quicquid seruus domino, eiue qui in potestate eius sit, debet*, &c. Quid ergo est? necesse est videlicet, quod Vlp. scribit, ea quę seruo à conseruo debentur, domino deberi: non de naturali iure intelligi, ac ne de ciuili quidem propriè, verùm abusiuè & impropriissimè: vt non reipsa dominò debeantur, sed vi ac potestate: quoniã serui peculium domini nutu propemodum extinguitur. nam simulátque non vult peculium serui esse, desinit peculium esse: ait Paulus in l. non statim, 8, D. de pecul. Quid verò si etiã quis, id quod ibi Vlp. de conseruis scribit, ad filiosfam. pertinere neget? cùm inter ius peculij serui & filiif. plurimùm interesse constet. vt l. serui, 14, & l. filius, 39, D. de oblig. & act. & l. 3, §. vlt. D. de minorib. nam si quodcunque filius fratri suo debet, simul patri debet, quid est quod idem Vlp. ait in l. 3, §. Pomponius, D. de minor. & in l. si statu libera, 6, §. si filius, D. de statu lib. mortuo filio (puta creditore fratris) patrem eius quasi heredem esse? Etenim si quasi heres est, nunc demum creditor esse incipit. at viuente filio creditore, non fuit. Quare de illa noua Vlpiani sententia sic habendum est: quandiu duo filij aut conserui in eiusdem potestate manent, tandiu illorum inter se obligationem ad patrem aut dominum non pertinere: sed cùm naturales sint, naturaliter aestimandas esse. At verò alterutro mortuo, aut sui iuris facto, tum

ſine dubio pertinere.nam in caſu noſtro, ſiue Secundus,qui creditor fuit, moriatur, pater de Primi debitoris peculio debitum illud deducet : ſiue Primus debitor moriatur, & Secũdo emancipato pater ſoluat,non repetet:quemadmodum tum ex Africani diſputatione planiſsimè intelligitur,tum etiam ex d.l.ſi noxali, 11,D.de pecul. Quare iſto caſu non modò Vlp. rectè dixit, quod conſeruo debetur,domino deberi : verumetiam ex contraria parte rectè dixiſſet, quod conſeruus debet, dominum debere. Quinetiam illud ſingulari obſeruatione dignum eſt, quanuis naturalis obligatio filij vel ſerui cum extraneis, patri vel domino non acquiratur : tamen ex illa naturali obligatione ciuilem illis obligationem cum extraneis vtraque ex parte acquiri. nã vt de peculio in ipſos agitur, ita ipſi aduerſus extraneos ciuiliter agunt. d.l.nec ſeruus,41;D.de pecul.tametſi pater ciuiliter nõ obligetur.l.8,§.vlt.8.de accepti.Venio nũc ad alteram huius erroris originem.Nã cùm regula iuris ſit, vt aditione hereditatis creditoris, aut debitoris, confundatur obligatio etiam naturalis: d.l.Stichum,95,§.aditio,D.de ſolut.& l.heres, 21, §.quòd ſi,D.de fideiuſ. argumẽtũ inde ductũ eſt, Primi debitoris obligationem pro qua parte patri heres extitit, confuſam, ac proinde extinctam fuiſſe.Hoc cùm Accurſij,tum aliorũ omnium veterum commune argumentum fuit : quod nunc à recentioribus renouatum eſt:à quibus nihil quicquam noui præter verborum cõtumeliam Iuriſconſultis indigniſſimam afferri video. Sed illi argumento perfacile eſt multis modis reſpondere.
Pri-

Primùm hoc modo: Si quia Primus debitor patri creditori heres extitit, confusa obligatio debitoris est: etiam quia Secundus creditor patri debitori heres extitit, confusa creditoris obligatio est. Relatorum enim hæc vis est. Itaque si societas inter fratres contracta ob patris mortem vna ex parte dirimatur, etiam altera ex parte dirimetur. Creditoris autem obligationem per hereditatis acquisitionem confusam non fuisse, Africanus demonstrat, cùm ait, illam per participationẽ peculij, ex eo, inquam, quòd Secũdus è Primi peculio partẽ adeptus est, sublatam fuisse. nam si semel per confusionem perempta fuisset, iterũ per peculij participationem perimi non posset. l.3, in fin. D. de duobus reis. l. qui res, 98, §. aream, D. de solut. Pręterea si per confusionem obligationis perempta Secundi obligatio fuisset, quid opus fuit, Africanũ aliam in Primo, aliam in Secũdo caussam peremptæ obligationis proferre? Cur non vno verbo dixit, Primum omnia sua quinquaginta repetiturũ: propterea quòd per aditionem hereditatis patris, vna ex parte creditoris, altera ex parte debitoris, confusa obligatio perierat? Neq; verò nos moueat quod in d.l. stichum, & d.l. heres, scribitur, etiam naturalem obligationẽ aditione hereditatis creditoris aut debitoris cõfundi: quia naturalis obligatio disertè exponitur, ea quę cum extraneis, puta cum pupillo, contracta est: in qua illud accidere omnino necesse fuit. Sed insequens responsio planiorem huius obiectionis solutionem ostendet. Nã etsi aditione hereditatis creditoris obligatio confunditur, tamen animaduertendum est,

in caussa proposita nō aditionem, sed immixtionem fuisse, nō extraneos, inquā, sed filiosfam. heredes extitisse proponi. §. extraneus, 6, de her. qual. & diff. l. impuberibus, 11, l. cū bonis, 87, D. de acq. her. Quoniā autē de iure ciuili iā tractamus, ciuilem quoque subtilitatem & tractationē adhibebimus. Ergo quantum his casibus inter aditionem & immixtionem intersit, primùm ex eo intelligitur, quòd in aditione diuersæ & alienæ personæ sunt, debitoris succedentis, & creditoris defuncti: vt non mirum sit, si confusio eueniat. At in immixtione, non modò non alienus succedit, sed ne alius quidem succedere videtur. pater enim & liberi eadem persona censentur. l. in suis, 11, D. de lib. & postum. Deinde in aditione, diuersa & varia patrimonia sunt debitoris succedētis & creditoris defuncti. nam heres nouum sibi & alienum dominium acquirit. at in immixtione vnicū patrimonium est: neque nouum dominium acquiritur, sed vetus cōtinuatur. §. sinautem, De her. qual. & diff. l. 1, §. largius, D. de success. edict. & d. l. in suis, 11, D. de lib. & post. vbi Paulus ait, filios patre mortuo non hereditatem percipere videri, sed liberiorem bonorum administrationem consequi. qua de caussa filiifam. nō adire, sed retinere hereditatem dicūtur. l. si patronus, 12, §. vlt. D. de bon. libert. l. 2, C. pro hered. Quin ne illa quidē prætermittenda differentia est. quòd in casu aditionis de sola hereditate agitur, id est, de debitoribus & creditoribus hereditarijs. at in casu nostro nō de hereditarijs, sed de peculiarijs debitoribus & creditoribus agitur. In quo pondus ac momētum permagnum

magnum est. neque enim si aditione hereditatis, creditoris obligatio confunditur, iccirco peculij retentione confunditur. In quo satis mirari nouũ illud amici nostri præceptum non queo: *Notandum est duobus modis cõfusionem obligationis fieri, acquisitione hereditatis, & acquisitione peculij si peculiũ debitoris ad creditorẽ peculiarem peruenerit.* Quis vnquam antehac audierat, filiosfam. patre mortuo suum peculium acquirere? At ne hereditatẽ quidẽ acquirunt: vt paulò suprà dicebamus. quinetiam pater in filij mortui peculio quasi heres existere dicitur. d. l. 3, §. Pomponius, D. de minor. & l. 6. §. si filius, D. de statu lib. Quòd si filij paternam hereditatem retinere dicuntur, quanto magis peculiũ? præsertim si eiusmodi sit, vt non à patre id acceperint, sed sua industria pararint? velut in l. peculium, 39, & l. nõ solùm, 48, D. de pecul. Ex quibus intelligi potest, quàm dictu absurdum sit, naturalem filiorumfam. obligationem ob peculium ab illis acquisitum confundi: quam parum, inquam, illũ hæc decuit scribere, qui priuato consilio magisterium in alios sumpsit. At si tibi scutica domi est, & nobis flagrum domi. *Superdicto*, inquit, *opus fuit: μὴ κακούργει τὴν νομικήν.* Quæ, malùm, barbara ista iuris tractandi ratio est, in personam scribere, nõ in rẽ? & doctissimos quosque, modò Germanos, modò Italos & Insubres, modò Gallos, probris & contumelijs lacessere: suáque scripta maledictis & conuicijs infarcire? At quónã tibi superdicto est opus? Ἄλλων ἰατρὸς, αὐτὸς ἕλκεσι βρύων. Sed vt ad rem redeamus, quid si pater Primo credidisset, Secundo debuisset? quid censes? ánnon pati e

mortuo,ſimulatque filij ſeſe ipſius hereditati immiſcuerint,æquè Secūdi qui creditor fuerat,obligatio confundetur, vt illa Primi, qui creditor? ſiquidem (vt antehac creditum eſt) in caſu noſtro Primi immixtione obligatio ipſius confundebatur. Quid? Ponamus locationem & cōductionem inter ipſos fratres contractam. Dicant nunc, qui ſolius Primi obligationem confundi affirmant, annon patre mortuo æquè vtriuſque, & locatoris, inquam,& conductoris,confundatur obligatio? cùm tamen alter alteri & debitor & creditor ſit:neque vna ex parte obligatio cōſiſtat.l.1,D.de reſcind.vend.l.bona fides,50,D.de act.empt.l.vlt. D. de acceptil.Quid verò alter ille neſcio quis ad hæc reſpondebit? ille,inquā,temulentus, turbulētus,lutulentus:qui cùm crapulam ſuam exhalaret, ad oram libelli publici ſic adſcripſit: *Perperam & contra iuris diſciplinam quidam hic addidit negationem.* O peritum iuris ſcholiaſten,ſed vindemialis, non Iuſtinianici! quàm eleganter Demetrius dixiſſe fertur, eodem loco ſibi eſſe voces imperitorum, quo ventre redditos crepitus! quid igitur noſtra refert, ſurſum iſte an deorſum ſonuerit? Quare omiſsis iſtis, quæ à me contra perpetuam meam annorum viginti conſuetudinē tantæ contumeliæ indignitas expreſsit, breuiter concludēdum eſt. Nam ſi iam doceamus aditione hereditatis peculiarem obligationē non confundi, quid controuerſiæ ſupererit? Attēdat igitur eruditiſsimus Roaldus, & ſiquis alius arbiter futurus eſt. Vlpianus in l.ſed ſi,9,§. ſed &,D.de pecul.ſcribit creditorem ſerui,qui heres domino ipſius extitit,

dedu-

deducere de peculio quod sibi debetur, si conueniatur. Rursus in fi.§.si ei qui post mortem intra annum potuit conueniri de peculio, heres extitero, deducam quod mihi debetur. Rursus Gaius in l.siquis seruum, 29, D.de pecul.scribit, si creditores serui domino heredes extiterint, ipsos inter se agere de peculio posse. Rursus ex contrario, Iulianus in l.si creditor, 37, D.de pecul. Si creditor, inquit, filij tui heredem te instituerit, & tu hereditatem eius vendideris, tenebere de peculio. Quod etiã confirmatur in l.eo tempore, 50, §.1, D.eo.& rursus in l.cum quo, 56, D.ad leg.falcid. Rursus, si filius patrem suum debitorẽ peculiarium habeat, tantum abest vt immixtione confundatur obligatio, vt id in familiæ erciscundæ iudicium inducatur. l.filiæ, 20, §.1, & l.heres, 25, §.si filius, D.famil. ercisc. Eodémque pertinet, quòd si fideiussor manumissi, eidem heres extiterit, naturalis tamen illius obligatio permanere dicitur in l.heres, 21, §.2, D.de fideiuss. Sed ne tam longè abeamus, Africanus noster hac ipsa lege, Africanus, inquã, noster, in vers. *Adeò vt si*, perspicuè idẽ ostendit: vbi scribit, si duo sint filij, quorum Primus Secundo debeat, tũ ambo filij heredes instituti, Primo autẽ suum peculiũ prælegatum: naturalẽ tamen inter illos fratres obligationẽ durare: quanuis patris hereditati sese immiscuerint. Quod qui tam dilucidè dictum non animaduerterunt, considerent ipsi secum, vtrum scutica, an flagris, vel propter tantam in cæcitate superbiam, vel propter contumeliosam linguæ petulantiam, digni sint. Nam hac modesta commonitione in præsentia contentus

ero,quantumuis cõtumeliosè lacessitus:ne in quo alios reprehendo,idipsum videar imitari. Verùm ecce aliud quod ferè prætereram. *Huic sententiæ* (inquit amicus noster) *opponitur quod est in l.6,& l. 8,C.ad l.Falc.l.1,§.si debitor,D.eod.in ponenda ratione legis Falcidiæ heredem deducere,& retinere, quod sibi defunctus debuit:& bonis computare,quod defuncto debuit.Nihil est quod tam facile expedire possim. Ideò quod initur ratio omnium bonorum quæ mortis tempore fuerunt,perinde atque si quæ tum fuerunt, & nunc essent.*Hanc vel obiectionem vel solutionem si Roaldus vir acutissimus intelligit, caussam non dico,quin obtusi ingenij existimer. In ponenda ratione Falcidiæ,mortis tempus spectatur:quoniã (inquit interpres noster)initur ratio bonorũ quæ mortis tempore fuerunt.Eadem videlicet per eadem.Sed cur eius temporis ratio ducitur,aut verò quid hæc ad institutam disputationem pertinent? id est,ad naturalis obligationis perseuerantiam,etiam post aditionẽ hereditatis debitoris aut creditoris?Ergo intelligendum est,iccirco mortis tempus spectari,hoc est,dodrantẽ & quadrantẽ ideo ex ea quantitate quæ mortis fuit tẽpore æstimari: quoniam quicquid post testatoris mortem damni lucríve contingit, id totũ heredi contingit.l.in quantitate,73,D.ad leg.Falc.quippe, cùm à tempore mortis successisse intelligatur.l.heres quandoque,54,D.de acq.her.l.omnia,153, De reg.iur. Quare quæcunque vel heres testatori,vel testator heredi,etiam ciuiliter debebat,ea omnia in assem hereditarium imputantur.sed quorsum hæc, aut verò qua ex parte ad institutam disputationem perti-

pertinent? An vt opponatur, naturalem obligationem per aditionem hereditatis confusione non extingui? At ne ciuilis quidem extinguitur. quoniam (vt modò dictum est) ex mortis tempore ratio ducitur. Nihil igitur nec obiectio ad institutū pertinet, nec solutio ad obiectionem. Agè, cetera videamus. *Opponitur* (inquit idem amicus noster) *l. debitor*, 59, *D. ad Trebell. quæ etiamsi creditor debitori successerit, ait propter pignus manere naturalem obligationē. Nihil est quod tam facilè expedire possim. Significat enim propter alia non manere, & esse confusam. Confusione tollitur omnis personalis obligatio, etiam naturalis. Obligatio realis, id est pignoratitia, non tollitur.* Hîc te, Roalde, appello, & tuā attentionē exquiro. Verus debitor, qui pignus dederat, & ciuiliter & naturaliter obligatus erat. l. Iulianus, 60, D. de cond. indeb. Cùm creditor heres institutus hereditatē ex fideicommisso restituisset, quærebatur de pignore, quod dominij iure possidère postulabat. Dubitandi caussa erat, quia ius pignoris extinctum videbatur dominio acquisito. Neque. n. potest pignus perseuerare domino constituto creditore. l. pen. D. de except. rei iud. Paulus tamē respōdit, propter pignus naturalē obligationē remanere. nā hæc illius verba sunt. Quæro iam ex te, Roalde doctissime, vtrius obligationē Paulus hisce verbis designet: personæ, hoc est, ipsius debitoris: an rei, hoc est, pignoris? Dices, opinor, absurdam esse quæstionem: primùm, quia Paulus dilucidè naturalem obligationem ad ipsum debitorē refert. deinde, quia nunquam fando audita est naturalis eiusmodi pignoris obligatio, & ab eius-

gitur, qua fronte Primum de quinquaginta sibi reddendis appellauit? atque vt non appellarit, tamen quo iure Primus tantam se illi pecuniam dare oportere credidit? ánnon, quia Secundus patri heres existens, paterni crediti & obligationis succeßsor erat? Certè; & hoc fateri aduersarios nostros necesse est. quid igitur? támne amens ac vecors fuit Primus, vt fratrem patris heredem esse meminisset, & coheredem esse obliuisceretur? Aut non intelligo quid consulas (inquibat Celsus) aut valdè stulta est tua consultatio. Quod idẽ multo maiore cum ratione dicere Africanus potuisset. nam si adeo stupidum ponamus Primum fuisse, vt putaret & fratri totum debere, quia frater patris heres extiterat: ac non cogitaret se iccirco totum debere, quia ipse quoque coheres extiterat: ineptißimã ac stultißimam delatã ad Africanum consultationem ponemus. quod cùm tãti viri dignitate alienum est, tum verò referre illũ hanc ridiculam consultationem in suos Commẽtarios voluisse, incredibile videtur. Neque huius sententiæ ac disputationis meæ iudicem recusabo clarißimum, & omnibus ingenuis artibus politißimum virum ac Senatorem prudentißimum Gilbertum Malociũ, cui, amico (vt video) cõmuni, suũ libellũ Lescurius dicauit. Sed quoniam & Africani responsum subtilius est, quàm vt à quouis facilè intelligatur: & scio nõnullos esse honestos adolescentes, quibus magis propter doctorũ suorum obseruantiam, & quasi partium studium, quàm propter veritatem emendatio mea suspecta est, operæpretium me facturum arbitror, si

Dd

eius caussæ quam Africano propositam esse confido, constitutionem exponam, eámque doctis viris quasi consultationem proponam. Nam (vt verè loquar) neque vnquam antehac intellexi, neque adhuc intelligere possum speciem illam, quam superior aduersarius noster his verbis exposuit, *Duo sunt fratres, Primus & Secundus. Vterque habet peculium. Secundus de peculio suo Primo mutuam pecuniam dedit. Secundi obligatio pertinet ad patrem. Primi obligatio non pertinet ad patrem: cùm de peculio Primi à Secundo conueniri non possit: propterea quòd nulla lis esse potest inter pàtrem & filium.* Quid audio? Annon enim vicissim referri ac retorqueri sic poterit? Secundi obligatio non pertinet ad patrem (id est, patri quæsita non est) vt pater Primi creditor dici posit: propterea quod conuenire Primum de peculio non potest, cùm lis nulla inter illos esse possit. Regula igitur illa tenenda est, vt in istiusmodi de iure naturali quæstionibus, iuris ciuilis argutijs & fictionibus locus non detur: qualis illa peruulgata est personarum confusio, vt paterfam. & filiusfam. eadem persona censeantur: ac proinde filiofam. quæsita obligatio patrifam. confestim adquiratur. Quare in hac quæstione, quæ tota est de iure naturali, ciuile filiorumfam. & patrumfam. nomen remoueamus, naturale filiorum & parentum retineamus: & perinde quasi nunquam Quiritium ius auditum fuisset, ita simpliciter loquamur: atque vbi vnus è duobus filijs Sempronij alteri pecuniam crediderit, cum

qui

qui credidit, Creditorem: qui accepit, Debitorem nominemus: Patrem neque debitorem neque creditorem fingamus: ne personarum fiat confusio. alioqui si pater vnius nomine creditor dicatur, vicissim alterius nomine debitor dicendus erit. quod, vt iam demonstratum est, neque ciuilis, neque naturalis ratio patitur. Idque multò dilucidius in illa specie apparebit, si fortè seruus filiosam. aut hic illi pecuniam crediderit. Annon enim absurdior personarum confusio existet; cùm ita dicetur, Dominum esse creditorem filij: vel, patrem esse creditorem serui? quas enuntiationes etiam communis sensus repudiat. Nam si Secundi obligatio patri quæsita est, Primus non iam fratri Secundo, sed patri debitor esse cœpit. Atqui Africanus Primum, non patris sed Secundi debitorem disertè appellat. *Longè magis*, inquit, *in eo quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.* Quòd si Primus fratris debitor fuit, certè non pater ipsius creditor fuit, sed frater: hoc est Secundus. Neque dissimilis apparebit confusio, si ponamus Sempronium communem istorum patrem res Primi peculiares Secundo pignori dedisse. nam & ob naturalem obligationem pignus contrahi constat, ex l. 5, D. de pignor. & res filij peculiares à patre obligari, ex l. fideiussor, 26, §. j, D. eod. Ista enim quam vulgus sequitur, ratione, Sempronius Secundi respectu, creditor: Primi verò, debitor: atque adeò pigneratitius appellabitur. quod (vt di-

xit) etiam communis sensus respuit, atque aspernatur. Sed nihil est in hac tota disputatione quod mihi mirabilius videatur, quàm è tot eruditis scriptoribus neminem fuisse, qui triplicem illam absurditatem animaduerterit, quam ex ista recepta & peruulgata huius legis interpretatione consequi necesse est. Nam primum omnium Africanus affirmasse dicitur, Quia, (sic enim voces illas PRO PARTE interpretãtur) cùm Primus patri heres exstitit, (ac proinde debitor creditori successit) confusa obligatio est, Primum id quod Secundo soluit repetiturum. quod si ita est, Africanus quinquaginta ei aureos à Secundo attribuit: hoc est, quantum illi per errorem dissoluerat. Atqui continuo pòst idem Africanus subiungit, *Quia Secundus Primi peculium in hereditate diuidenda participauit*, Primum ab eo ita repetiturum, si Secundus ex Primi peculio non minus percepit, quàm quantum ei debebatur. Non minus autem Secundus percepit. nam cùm in Primi peculio centum essent, Secundus ex semisse heres quinquaginta consequutus est. Alteros igitur quinquaginta aureos Africanus Primo absurdissimè attribuerit.

Sequitur secunda siue absurditas, siue stultitia, quæ ex peruulgata huius legis scriptura & interpretatione consequitur. Nam cùm Africanus vtrumque fratrem peculiatum posuisset, ita tamen eius responsum vulgò interpretantur, quasi eius solius portionis rationem habuerit, quam Secundus ex Primi peculio consequutus est: eius autem quam Primus ex Secundi adeptus est, ne

mentio-

mentionem quidem vllam fecerit. Nam in omnibus hominum istorum ad hanc legem commentationibus & disputationibus, litera de Secundi peculio à Primo participato nulla reperietur. Et tamen constat, Primum ex Secundi peculio (in quo quinquaginta posuimus) vigintiquinque percepisse. Horum igitur ratione Africanus Primo, pro quinquaginta Secundo solutis, centum & insuper vigintiquinque adiudicarit. Quo nihil stultius dici posse existimarem: nisi tertia illa maior absurditas sequeretur, quam superius patefecimus: nimirum quòd Primus iccirco Secundo soluerat, quia patri heres existens, eius obligationis successor erat: neque illi in mentem venerat, se fratri coheredem exstitisse: ac proinde pro dimidia parte obligationis eiusdem successorem esse. Quin ne illud quidem prætermittendum videtur (quia mihi interdum cum Latinizantibus res est) quòd Africanum, quo neminem vnquam purius ac subtilius scripsisse arbitror, ineptæ loquacitatis arguunt. Quorsum enim illud tam absurdum, & bis tamen inculcatum? PRO EA PARTE QVA HERES EXSTITIT. Nam istorum ratione positum oporteret pro QVIA, vel PROPTER EA QVÒD, vel, QVANDOQVIDEM. quam interpretationem Latinæ consuetudinis ratio repudiat. Atque vt nihil istorum à me confictum cognoscatur, proferam eam interpretationem quam superior noster aduersarius in suo libro totidem verbis proposuit, *Cùm essent duo fratres, Primus & Secundus: & Primo Secundus pecuniam credidisset, ac mox*

obligationem naturalem ex caussa crediti contractam pater adquisiisset, ac deinde mortuo patre vterque patri heres extitisset æquis partibus, confusa est naturalis obligatio: partim quia Primus debitor patri creditori heres exstitit ex semisse, partim quia Secundus heres patri ex altero semisse cepit iure hereditario ex peculio tãtum quantum erat in residuo debiti. Atenim ne ista quidem admissa & recepta interpretatione, confusa dici potest naturalis obligatio, istis duabus de caussis: sed potius ob priorem caussam, confusa, ob posteriorem, compensata. Veruntamen si: quia Primus patri heres exstiterat, confusa erat eius obligatio, cur soluebat? annon se patris heredem esse meminerat? deinde quæ fuit Secundi vecordia, qui patiebatur eius rationem haberi quod ex Primi peculio sum pserat, eius verò quod frater de suo peculio consequutus erat, mentionem non faciebat? quod argumentum in superiore Disputatione prætermiseram. Deinde, quomodo verborum illorum vis exponitur, PRO QVA PARTE? *Quia Primus* (inquit) *patri heres exstitit.* quasi verò PRO QVA PARTE, idem valeat quod QVIA. quod tamen mox iteratur, *Partim quia Secundus tantundem cepit*, &c. Verùm vt hæc quæ Grammaticalia nonnulli vocant, omittam, deinceps Africano remoto, caussa onstitutionem eruditis viris proponam: vt si 's deinceps me viuo & incolumi aliter de ea statuendum esse docuerit, quàm quo modo respondisse Africanum demonstraui, manus illi dem; & pro singulari erga me beneficio gratias agam. Nam vsque adhuc, hoc est vsque

que ad annum 1575. (addo iam ad annum 1585). Deum immortalem testor me verissimam & certissimam esse & interpretationem & emendationem meam arbitrari. Sempronius duos habuit filios, Primum & Secundum: vterque centenos in peculio aureos habuit. Viuo patre Primus à Secundo quinquaginta mutuo accepit: ac proinde naturaliter illi debitor esse cœpit. Patre mortuo, filiisque illis duobus ex æquis portionibus heredibus relictis, quum Primus illam pecuniam se fratri ciuiliter & efficaciter debere crederet, eam illi persoluit. paulo pòst admonitus est, debitum illud non ciuile, sed naturale tantùm fuisse: quod à Iurisc. sic definitur: quod natura quidem solui æquum est: l. si noxali, 11. D. de pecul. quod naturalis quidem æquitas solui postulat: l. Stichum, 95, §. naturalis, D. de solut. sed tamen per iudicem peti non potest: l. 1, §. id quod natura, D. ad leg. Fal. l. creditores, 10. D. de verb. signif. Agere igitur indebiti condictione aduersus Secundum fratrem suum instituit: quasi indebitum per errorem soluisset, eiúsque intentio hæc fuit: Aio te mihi quinquaginta reddere oportere, quippe indebitè soluta. Exceptio Secundi, Non oportet. Cuius hæc ratio est, quoniam debiti naturalis per errorem soluti nulla repetitio est. l. nam hoc, 4. D. de cond. indeb. Quæro ex Iurisconsultis, & Academiarum omnium Doctoribus, aduocatis, caussidicis & pragmaticis omnibus quid iuris? Atque vt Relatorum & consultorum quorundam more,

meam ſententiam primus exponam, crederem, ſi mei iudicij res eſſet, diſtinctionem adhibendam eſſe, quotam vterque partem ex fratris ſui peculio perceperit. Nam (vt inter omnes conſtat) patre mortuo filiorum peculia cum hereditate paterna confunduntur: ſic, vt in familiæ erciſcundæ iudicio proportionibus hereditarijs inter illos diuidantur. l. certum, 13, C. famil. erciſ. l. filiæ, 12, C. de collat. Sed quotam quiſque ex peculio fratris partem perceperit, magnæ quæſtionis videtur. Imo verò dubitari magnopere videtur poſſe, quanta vtriuſque peculij quantitas fuerit: propter vulgatam regulam, quà dicitur, id quod peculiatus naturaliter debet, eius peculium imminuere: viciſſimque quod ei naturaliter debetur, eius peculiũ augere. l. 6, §. ſicut, D. de pecul. leg. l. 7, §. 3, D. de pecul. Quod ſi verum eſt in, Primi peculio quinquaginta tantùm numerandi ſunt: in Secundi verò centum: & conſequenter, Primus in hereditate diuidenda ex Secundi peculio quinquaginta, Secundus autem, ex Primi tantùm vigintiquinque perceperit. Quod mihi longè videtur ſecus. Intelligendum eſt enim, totam iſtam, ſiue Prætorum, ſiue Iuriſconſultorum, qui Prætoris edictum interpretati ſunt, fictionem eſſe: qui ad effectum de peculio actionis, interdũ imputationibus, interdũ deductionibus vtũtur, & ea fingunt ineſſe in peculio, quæ non ſunt: viciſſimque abeſſe illa, quæ tamen eo continentur. veluti cùm Prætor id imputat in peculium, quod dolo domini factum eſt, quo minus ſit. l. ſumma, 21, D. de pecul. Item cùm ea deducuntur (id eſt abeſſe fin-

guntur) quæ patri dominóve, aut ijs qui in eiusdem potestate aut tutela aut cura sunt, debentur. l.4,& l.8,§.prætoria,& §.peculium,& §.seq.adeo vt singula corpora rerum peculiarium,pro rata diminui dicantur.quæ tota fictio & imaginatio est, ad effectum, vt dixi, de peculio actionis accommodata.l.6, & l.8,D. de pecul.leg.l.seruus,30, D. de act.empti. Superius autem demonstratum est, in istis naturalibus obligationibus & condictionibus,factum,id est veritatem solam,spectari:neque vllis fictionibus locum permitti.l.nec seruus, 41,D. de pecul.l.si quod dominus,64,D.de cõd. indeb. Quare in æstimanda quantitate peculiorũ cautio hæc adhibeatur, vt imputationes & deductiones & ceteræ fictiones remoueantur: solúmque (vt Iurisc.loquuntur) factum naturaliter, & pingui Minerua,consideretur. Quod cùm fiet, tum perfacilis ad illam quantitatem definiendam via ratióque patebit. nam in Secundi peculio, patre mortuo, ea tantùm summa numerabitur,quæ reuera,& (vt ita dicam) de facto reperitur.nimirum quinquaginta,quæ Primus à Secundo mutuatus fuerat, neutrubi comppitentur: quia neutrubi naturaliter reperiuntur:quippe consumpta & perempta: cùm pecunia ipso vsu & permutatione extinguatur.§.2,Inst.de vsuf.Atque id omnino dici necesse est.necesse,inquam est,quinquaginta mutuò à Primo sumpta, perempta atque extincta dicere: neq; in eius peculio reperiri. Id quod ex Africani verbis cogi & conuinci potest, cùm ita loquitur, *Naturalem enim obligationem,quæ fuisset,hoc ipso sublatam videri, quod fratr*

Secundus partem ex Primi peculio sit consecutus. Nam si quinquaginta illi mutuò accepti, reperti in Primi peculio fuissent, cum patris hereditate confusi permixtique fuissent. Si confusi fuissent, tum vterque frater, qui ex æquis partibus patri heres exstiterat, centenos suos peculiarios aureos recepisset: si Secundus suos centenos recepisset, in ijs suos quinquaginta, qui partem illius summæ efficiebant, recepisset. Si totam suam summam recepisset, Primus ei nulla in re debitor mansisset. Falsum est autem postremum: quoniam Africanus scribit, Primum post patris mortem naturaliter obligatum mansisse. falsa igitur quæ antecedunt omnia. Nam (vt Tullius scribit) quum consequens aliquod falsum est, illud cuius est consequens, nō potest esse verum. Restat igitur vt ad primam quæstionem redeamus, An & quatenus quod Primus Secundo naturaliter debitum post patris mortem soluit, tanquam indebitum condicat: & remoto Africano sic respondeamus, Quoniam Secundus ex Primi peculio quinquaginta consecutus est, (quod per ius ciuile contra iuris naturalis rationem factum est) æquitas naturalis (qua sola naturales obligationes nituntur) postulat vt ea compensentur. l. 6, D. de compens. Totos igitur (inquiet Primus) eos quinquaginta aureos, quos tibi postea persolui, te mihi reddere oportet. Ex contrario Secundus ita referet, At tu quoque quod ex meo peculio percepisti, vicissim deducito: nimirum aureos xxv. quod naturalis quoque ratio & æquitas flagitat. Ex quo, subducta vtrinque ratione, conse-

quetur, Primum à Secundo per indebiti condictionem tantùm xxv. repetiturum. Rectè igitur cum negatione ex Africani verbis sic respondebimus: Pro qua parte Primus patri heres exstitit (id est, pro rata parte semissis) quia xxv ex Secundi peculio percepit, nihil ab eo repetiturus est. At pro qua parte Secundus patri similiter heres exstitit, & partem ex Primi peculio consequutus est, ita Primus repetiturus est, si non minus ex peculio ad Secundum fratrem suum peruenisset, quàm quantum ei Secundo debebatur. quod nunc accidit. nam Secundo debebantur L. idem ex Primi peculio L. consequutus est. Eatenus igitur Primus ex illa summa repetiturus est, quatenus Secundus plus percepit, quàm ex æquitate naturali ei debebatur: nimirum xxv. Atque ita Secundo solida, integra, illibata sui veteris peculij quantitas constabit. nam quum Primus post patris mortem in percipienda hereditate, xxv ex Secundi peculio cepisset, tantùm illi Secundo x x v restabant. rursus Secundus in percipienda hereditate ex Primi peculio L consecutus est. vnde efficiuntur L x x v. postea Primus per errorem insuper illi L dissoluit. vnde efficiuntur c x x v. Repetantur per Primum xxv. Non Archimedes, non Pythagoras, non Minerua (quæ numerorum inuentrix fuisse dicitur) melius vnquam, aut certius, aut liquidius rationem vllam confecerit.

APPENDIX. Ex Musæo nostro, anno 1575. Recognoui, & rata eadem habui anno 1585. quinetiã confirmationis caussa hæc subiunxi: Ex eodem commentorum & fictionum genere illud est, Fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, pro eadem persona numerari. atque iccircò neutrum alteri testem in re alterius esse posse. §. sed neque, Inst. de testam. Vlp. tit. regul. 20. & l. pater, 17, D. de testib. item, cùm Senatus prohibuisset tutorem filio suo pupillam suam matrimonio iungere, Tryphoninus subtiliter argumentatus est, non modò vice versa filium fa. prohiberi, patri suo pupillam suam nuptum dare: verùm etiam fratri suo qui in eiusdem potestate est. l. non solùm, 67, §. 1, D. de rit. nupt. quasi videlicet fratris commodis seruiens lucro & commodo suo in conturbandis tutelæ rationibus seruire intelligeretur: & nubenti pupillæ auctoritatem præbens, in rem suam auctor esset: contra l. 7, D. de auctor. tut. Pari ratione quod dicitur de patre & filio, vt quod vni debetur, alteri debitũ intelligatur: produci eadem fictione & commentitio iure potest ad duos fratres: vt si decem ab eo, cum quo contractum est, petantur, compensare quinque possit, quæ fratri suo debebuntur. d. l. 9. D. de compensat. Ex eodem commentorum genere etiam illud est, vt iniuria facta nepoti ex filio in potestate retento, videatur facta & patri & filio, & auo. l. 8, D. de procurat. Item, vt neque patri à filio, neque filio à patre, neque fratri à fratre, neque filiofam. ab ipsius filio, vel ex diuerso huic ab illo, neque seruo patris à filio rectè legetur: siquidem in ea-

dem caussa permanserint.l.quæsitum,91.D.de legat.1.§.aufertur, 28. Instit. de legat. l. cum legato, 17.D.quand.dies legat.item vt nō aliter fideicommisso pater filij heredis instituti onerari posit, quàm si vel extraneo, vel ipsi filio, post sui iuris adeptionem dare sit rogatus.l.cùm filio, 11, D.de legat.1.l.quanuis,16,C.de fideicomm.

FINIS.

INDEX RERVM ET VERborum in Quæstionum illustrium libro memorabilium.

A

Agri

D

Deſe-

-specte-

Lex

Obæ-

O

P

Totius

INDEX LOCORVM

QVOS AVCTOR IN HOC libro emendauit.

FIN.

Errata ſic corrigenda.

Pag.2.verſ.19. ſummùm Cæſaribus. p.12.v.13. Tum verò dubitari poſſet. p.29.v.14. τιμιώτεροι. p.112.v.20. At ſi quis. p.116. v.6. diuiditur earum obligatio. p.118.v.pen. duplex eſt. prior. p.152. v.28. ætate capitale crimen. p.154.v.21. interpretatur: χωρὶς. p.229.v.24. vbi electio. p.321.v.20. Tyrij & Sidonij p.325.v.29 rogitans. p.328.v.7. vicesimationem. Cicero pro Flacco: vobis autem eſt confitendum, ſi conſiliis principũ veſtræ ciuitates reguntur, nõ multitudinis temeritate, optimatum conſilio bellum ab iſtis ciuitatibus cum populo R. eſſe ſuſceptum. ſin illæ tum motus eſt temeritate imperitorum excitatus, patimini me delicta vulgi à publica cauſſa ſeparare. Quòd ſi ſolius &c. p.329.v.11. conſenſu peccatum eſt.